

Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

MADELINE-CLAIRE LEVIS

von Gimel VD und Zürich

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr.iur. Dr.phil. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

1981
5

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507218_0016

Zivilrechtliche Anwaltshaftpflicht im schweizerischen und US-amerikanischen Recht

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

MADELINE-CLAIRE LEVIS

von Gimel VD und Zürich

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr.iur. Dr.phil. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 4 der

Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger und
Prof. Dr. oec. Walter R. Schluep

MEINEN LIEBEN ELTERN

Mein Dank gilt Herrn Prof. Hans Giger, der sich mit grosser Hilfsbereitschaft für meine Arbeit interessiert und mir wertvolle Hinweise und Impulse gegeben hat. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Max Keller, der sich die Mühe nahm, die Arbeit zu lesen und aus seiner Sicht zu beurteilen.

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XII
Einleitung	1

ERSTER TEIL

RECHTSLAGE NACH SCHWEIZERISCHEM RECHT	4
---------------------------------------	---

1. Abschnitt

Vorbemerkungen	4
----------------	---

§ 1. Normzuständigkeit	4
------------------------	---

§ 2. Aktuelle faktische Lage	4
------------------------------	---

§ 3. Problemstellung	5
----------------------	---

2. Abschnitt

Begriff und Voraussetzungen der vertraglichen Haftung	5
---	---

§ 4. Begriff der Haftung	5
--------------------------	---

§ 5. Überblick über die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung aus Vertrag	6
---	---

I. Existenz eines gültigen Vertrages	6
--------------------------------------	---

II. Schaden	7
-------------	---

III. Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung einer Vertragspflicht (Vertragsverletzung)	7
--	---

IV. Kausalzusammenhang	8
------------------------	---

V. Verschulden	8
----------------	---

A. Begriff	8
------------	---

B. Arten	9
----------	---

VI. Beweislast	9
----------------	---

VII. Verjährung	10
-----------------	----

3. Abschnitt

Voraussetzungen der Haftung des Rechtsanwaltes aus Vertrag	10
--	----

§ 6. Rechtsverhältnis	10
-----------------------	----

I. Auftrag	10
------------	----

A. Natur der vertraglichen Beziehung	10
--------------------------------------	----

1. "Typische" Anwaltstätigkeit	10
--------------------------------	----

a) Forensische Tätigkeit	10
--------------------------	----

b) Rechtsberatung	11
-------------------	----

2. Rechtliche Qualifikationen	11
-------------------------------	----

B. Entstehung des Auftrages	12
-----------------------------	----

C. Wirkungen des Auftrages	12
----------------------------	----

1. Vertragsinhalt	12
-------------------	----

2. Rechte bzw. Pflichten der Vertragsparteien	13
a) Pflichten der Parteien im allgemeinen	13
aa) Pflichten des Beauftragten	13
aaa) Getreue und sorgfältige Ausführung	13
bbb) Befolgung der Weisungen des Auftraggebers	13
ccc) Persönliche Ausführung	13
ddd) Rechenschaftsablegung	14
bb) Pflichten des Auftraggebers	14
aaa) Honorar	14
bbb) Auslagen und Verwendungen	14
ccc) Verbindlichkeiten	14
ddd) Haftung	14
b) Pflichten des Rechtsanwaltes im besonderen	14
aa) Rechtskenntnis und Fortbildung	14
bb) Verschärfte Treuepflicht	15
cc) Vorvertragliche Leistung: Übernahme des Mandates	16
dd) Vertragliche Leistungen	18
aaa) Ermittlung des Mandatsumfanges	18
bbb) Durchführung des Mandats	21
aaaa) Geheimhaltung und Verbot der Interessenkollision	21
bbbb) Instruktionsgemäßes Handeln	21
cccc) Rechenschaftsablegung, Aufbewahrung und Herausgabe	26
ccc) Niederlegung des Mandates	26
ee) Pflichten nach Erlöschen des Mandates	27
ff) Sorgfaltspflicht des Anwaltes im allgemeinen	27
gg) "Technische Kunstfertigkeit, Handwerkzeug"	29
aaa) Häufigster Klagegrund: Fristversäumnis	29
aaaa) Kanzleiorganisation	30
bbbb) Wiederherstellung einer Frist	30
cccc) Fristenkontrolle	30
bbb) Geschäftsverschleppung und andere formell unsorgfältige Geschäftsausübung	31
ccc) Fehlerhafte Abfassung von Verträgen oder anderen rechtsrelevanten Dokumenten	31
hh) Fachliche Kompetenz des Anwalts	32
aaa) Unkenntnis bzw. Weiterbildungspflicht	33
bbb) Nichterkennen eines Rechtsproblems	33
ccc) Falsche Beurteilung der Rechtslage	34
ddd) Redaktion von rechtsrelevanten Dokumenten	35
eee) Prozesstaktik	36
c) Pflichten des Klienten, insbesondere seine Treuepflicht	36
aa) Grundsätzliche Treuepflicht	37
bb) Aufklärungs- und Instruktionspflicht	37
cc) Grad der Aufklärungspflicht	37
3. Rechtsfolgen bei Vertragsverletzung: Haftungsprobleme	38
a) Schadenersatzpflicht als sekundäre Leistungspflicht des Rechtsanwaltes	38
b) Haftung für Hilfspersonen	38
c) Substitution	39
d) Haftung mehrerer	40
aa) Eigentliches Teamwork	40
bb) Lose Kanzleigemeinschaft	40
cc) Anwaltsgemeinschaft	41
e) Wegbedingung und Beschränkung der Haftung	41
f) Verjährung	42
g) Haftpflichtversicherung	43

D. Beendigung des Vertragsverhältnisses	44
1. Widerruf	44
2. Weitere Beendigungsgründe	44
II. Geschäftsführung ohne Auftrag	45
A. Entstehung	45
B. Wirkungen	46
1. Pflichten des Rechtsanwaltes	46
2. Pflichten des Klienten	46
3. Haftung	46
§ 7. Schaden und Schadensberechnung	47
§ 8. Vertragsverletzung	48
§ 9. Kausalzusammenhang	49
I. Tatfrage: Natürlicher Kausalzusammenhang	49
II. Rechtsfrage: Adäquater Kausalzusammenhang	50
III. Beweis der Adäquanz	50
IV. Inadäquanz	51
§ 10. Verschulden	52
I. Begriff, Arten und Grösse des Verschuldens, insbesondere die Fahrlässigkeit	52
II. Verschulden und Verletzung der erforderlichen Sorgfalt	54
§ 11. Schadenersatzbemessung als sekundäre haftpflichtrechtliche Voraussetzung	55
§ 12. Genugtuung	56

ZWEITER TEIL

RECHTSLAGE NACH US-AMERIKANISCHEM RECHT	57
1. Abschnitt	
Einleitung	57
§ 1. Struktur des amerikanischen Rechts	57
I. Zur Bedeutung des in der Bundesverfassung von 1787 verankerten Amerikanischen Föderalismus	58
II. Common law und Statutory law	58
§ 2. Rechtsquellen	58
2. Abschnitt	
Grundlegende Rechtsprinzipien des anglo-amerikanischen Vertrags- und Schuldrechts, insbesondere der Berufshaftung	60
§ 3. Vertragsrecht (law of contracts)	60
I. Allgemeiner Überblick	60

VIII

II.	Entstehung des Vertrages	60
A.	Geschäftsfähigkeit (legal capacity)	61
B.	Übereinstimmende Willenserklärung (manifestation of assent)	61
C.	"Consideration"	61
D.	Formvorschriften	62
E.	Gesetzes- und Sittenwidrigkeiten (illegal bargains)	62
III.	Beendigung des Vertragsverhältnisses (discharge)	62
IV.	Vertragsverletzung (breach of contract)	63
§ 4.	Unerlaubte Handlung (law of torts)	64
I.	Allgemeiner Überblick	64
II.	Begriff der Fahrlässigkeit (negligence)	65
III.	Voraussetzungen der Haftung aus Fahrlässigkeit	65
§ 5.	Berufshaftung (professional responsibility bzw. professional liability)	66
I.	Begriff und Abgrenzung	66
II.	Kein Sonderrecht	66
III.	Allgemeine Sorgfaltspflicht (duty of care)	67
IV.	Berufshaftung aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung	67
§ 6.	Allgemeine Voraussetzungen der Berufshaftung	67
I.	Vertrag	67
II.	Fahrlässigkeit (negligence)	68
A.	Grundlegende Fragestellung	68
B.	Allgemeine Leistungspflicht	69
C.	Sorgfaltssmass	69
D.	Überdurchschnittliche Kenntnis, Fertigkeit und Intelligenz (superior knowledge, skill and intelligence)	69
E.	Das Kriterium der Berufsfahrlässigkeit (professional negligence)	70
III.	Schaden (damage) und Schadenersatz (damages)	70
A.	"Ausgleichender" Schadenersatz (compensatory damages)	70
1.	Schaden	71
2.	Verbot der Bereicherung	71
3.	Beweis des Schadens	71
4.	Wahrscheinlichkeitsbeweis (rule of reasonable certainty)	72
B.	Zusätzlicher Schadenersatz als Strafe (exemplary or punitive damages)	72
C.	Symbolischer Schadenersatz (nominal damages)	72
D.	Genugtuung	73
E.	Grad des Verschuldens	73
F.	Mitverschulden (mitigation and contributory negligence)	73
IV.	Kausalzusammenhang (causation or foreseeability)	74
V.	Verschulden (fault)	75
VI.	Schlussfolgerung	76
3.	Abschnitt	
	Berufshaftung des Rechtsanwaltes (attorney's liability)	77
§ 7.	Faktische Lage (legal climate)	77
§ 8.	Stellung und Funktion des Anwalts	77
§ 9.	Reichweite und Wirkungen des ABA Code of Professional Responsibility (1969)	78

§ 10. Einleitende Bemerkungen zur Haftung des Anwalts seinem Klienten gegenüber	78
§ 11. Beziehung zwischen Anwalt und Klient (attorney-client relationship)	80
I. Natur der Beziehung zwischen Anwalt und Klient	80
II. Entstehung des Vertrages	80
III. Vertragsumfang	81
IV. Beendigung des Vertragsverhältnisses	82
A. Widerruf durch den Klienten	82
B. Widerruf durch den Rechtsanwalt	82
C. Tod, Urteilsunfähigkeit, Entzug der Berufsausübungsbewilligung (disbarment)	83
§ 12. Recht des Anwalts auf ein Honorar	83
I. Angemessenes Honorar (quantum meruit)	83
II. Erfolgshonorar (contingent fee agreement)	84
§ 13. Die Pflichten des Rechtsanwaltes, insbesondere seine Sorgfaltspflicht (duty of care)	85
I. Grundlegendes	85
II. Wichtigste berufsspezifische Pflichten des Anwalts	85
A. Kenntnis der anwendbaren Rechtsnormen (knowledge)	85
B. Übernahme des "Mandates"	87
C. Durchführung lege artis der übernommenen Aufgabe	87
1. Fertigkeit (duty to exercise reasonable skill)	87
a) Prozessführung	87
b) Ausfertigen von Dokumenten	88
2. Prozesstaktik	88
D. Befolgung der Instruktionen des Klienten und Informierung des Klienten	89
E. Weitere Pflichten des Rechtsanwaltes	90
§ 14. Forderung des Klienten infolge schlechter Berufsausübung (legal malpractice claim)	91
I. Allgemeine Voraussetzungen einer Klage des Klienten gegen seinen schlechterfüllenden Anwalt (malpracticing attorney)	91
II. Verteidigungsmittel bzw. Einreden des Anwalts (defenses)	91
A. Verjährung (statutes of limitations)	92
1. Anwendbare Verjährungsbestimmungen	92
2. Beginn des Fristenlaufes	93
B. Keine Sorgfaltspflicht des Anwalts Dritten gegenüber (privity of contract)	94
III. "Kunstfehler" (malpractice)	95
§ 15. Hilfspersonen	97
I. Substitution	97
II. Teilhaber und Hilfspersonen (partners and clerks)	98
§ 16. Spezialisierung	99

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases (seit 1891)
a.E.	am Ende
AG	Anwaltsgesetz
al.	alinéa
ALI	American Law Institute
All.E.Rep.	All England Law Reports (seit 1936)
allg.	allgemein
A.L.R. (2d)	American Law Reports Annotated (Second Series) seit 1948
a.M.	anderer Meinung
Art. (art.)	Artikel (article)
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht N.F.
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse (seit 1875)
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (seit 1875)
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (seit 1954)
bzw.	beziehungsweise
c.	contre
ca.	circa
C.C.A.	Circuit Court of Appeals
Cal. (Calif.)	California
ch.	chapter
cit.	cité
CJS	Corpus Juris Secundum (seit 1936)
CO	Code des Obligations (= OR)
Col. (Columb.)	Columbia
consid.	considérants
Ct.App.	Court of Appeal
D.C.	District Court
DER	Daily Report for Executives, The Bureau of National affairs, Inc., Washington, D.C.
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DR	Disciplinary Rules (code of professional responsibility)
E. (Erw.)	Erwägung
EC	Ethical Considerations
EHG	Eisenbahnhaftpflichtgesetz (vom 28. März 1905)
etc.	et cetera (usw.)
evtl.	eventuell
F.	Federal Reporter (seit 1880)
f., ff.	und folgende
Fla.	Florida
fn.	footnote
F.Supp.	Federal Supplement (seit 1923/33)
gg.	gegen
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law (seit 1972)
Ill. (2d)	Illinois Reports (Second Series)
Ill.App.	Illinois late Court Reports
Ind.	Indiana
inkl.	inklusive

i.S.	im Sinne
JT (JdT)	Journal des Tribunaux (seit 1853)
jur.	juristisch
lit.	litera
L.R. (L.Rev.)	Law Review
L.J.	Law Journal
LW	United States Law Week, Wash. 1933 ff.
Mass.	Massachusetts Reports
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Mo.L.Rev.	Missouri Law Review
N. (n.)	Note (note)
Nr. (no.)	Nummer (numéro)
N.E.	Northeastern Reporter, St. Paul, Minn. 1936 ff.
N.F.	Neue Folge
N.Y.	New York
N.Y.S.	New York Supplement
N.W.	Northwestern Reporter
OR	Schweizerisches Obligationenrecht (18. Dezember 1936)
p., pp.	page, pages
Pa.	Pennsylvania
Port. (Ala.)	Portland (Alasca)
pt.	point
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria (seit 1866)
RO	Recueil Officiel des Lois Fédérales
S.	Seite
s., ss., suiv.	et suivant(es)
SAV	Mitteilungen des Schweizerischen Anwaltsverbandes Bern, 1958 ff.
SJ	Semaine Judiciaire Genève 1879 ff.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, Zürich 1905 ff.
sog.	sogenannt
Stanf.L.Rev.	Stanford Law Review, Stanford, Cal. 1948 ff.
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (21. Dezember 1937)
Suppl.	Supplement
SVG	Schweizerisches Strassenverkehrsgesetz (19. Dezember 1958)
T.	Teilband
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
TF	Tribunal Fédéral Suisse
Tul.	Tulane
u.a.	unter anderem
U.S.A.	United States of America
usw.	und so weiter (= etc.)
v.	versus
v.a.	vor allem
Va.	Virginia
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review (seit 1948)
VersR.	Versicherungsrecht, Karlsruhe 1950 ff.
vgl.	vergleiche
vol.42:1147	volume 42, page 1147 ff.
W.L.R.	Weekly Law Report (seit 1953)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenverbandes, Bern 1864 ff.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (10. Dezember 1907)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung 1902
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel, N.F. 1882 ff.

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|----------------------------|---|
| ACKERMANN, J. | Wegbedingung der Haftung für Verschulden, Diss. Zürich 1931. |
| AMERICAN BAR ASSOCIATION | Code of Professional Responsibility and Canons of Judicial Ethics, Chicago, Ill., 1979 (zit. Code). |
| AMERICAN LAW INSTITUTE | Restatement of the Law of Torts II, (negligence), St. Paul, Minn. 1934 (zit. Restatement Torts). |
| — | Restatement of the Law of Contracts I, II, St. Paul, Minn. 1932 (zit. Restatement Contracts). |
| AUERBACH, Jerold S. | Unequal Justice, NY Oxford University Press 1976. |
| BALLANTINE | Problems in Law, 4. Aufl., St. Paul, Minn. 1957. |
| BAUDAT, M. | De la profession d'avocat, JT 1944, S. 610 ff. |
| BECKER, H. | Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Bern 1941; II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934 (zit. Becker). |
| BLANC, Emmanuel | La nouvelle profession d'avocat, Paris 1972. |
| BLASS, R. | Standespflichten der Rechtsanwälte, SJZ Bd. 40, S. 323 ff. |
| BLUMENWITZ, D. | Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 2. Aufl., München 1976. |
| BOERGEN, R. | Die vertragliche Haftung des Rechtsanwalts, Berlin 1968. |
| BORGSMANN, B./K.H. BORG | Anwaltpflichten, Anwaltshaftung, Frankfurt 1979. |
| BRUNNER, H. | Die Anwaltsgemeinschaft, Diss. Freiburg 1977. |
| BUCHER, E. | Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979. |
| BUEREN, B. von | Der Auftrag. Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechtes, Diss. Zürich 1944. |
| — | Schweizerisches Obligationenrecht, 2 Bände, Zürich 1964/1972. |
| CHITTY ON CONTRACTS | Hrsg. A.G. Guest, General Principles, 24. Aufl. London 1977. |
| CONSTANTINESCO, L.-J. | Inexécution et faute contractuelle en Droit comparé, Stuttgart/Bruxelles 1960. |
| CORNU, Ch. | La législation genevoise et l'exercice de la profession d'avocat, SJ 1945, S. 593 ff. |
| CUENDET, J. | La faute contractuelle et ses effets, Bern 1970. |
| DAVID, R. | Les grands systèmes de droit contemporains, 6. Aufl. Paris 1974. |
| — | The legal systems of the world/their comparison and unification, IECL vol. II, 197. |
| DESCHENAUX, H./TERCIER, P. | La responsabilité civile, Bern 1975. |

- DEUTSCH, E. Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt. Eine privatrechtliche Untersuchung, Köln/Berlin/Bonn/München 1963.
- Freizeichnung von der Berufshaftung, Vers.R. 1974, S. 301 ff.
- DRINKER, Henry S. Legal Ethics, Columbia University Press, New York 1953.
- ENGEL, P. Traité des Obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- EXNER, F. Das Wesen der Fahrlässigkeit, Leipzig 1910.
- FARNSWORTH, A. An Introduction to the Legal System of the United States, Parker School N.Y. 1963.
- FEHLMANN, M. Die rechtliche Stellung der freien wissenschaftlichen Berufe, Diss. Zürich 1946.
- FERRARI, A. Die berufliche Haftpflicht des Zahnarztes mit Berücksichtigung des schweizerischen Haftpflichtrechts und der Praxis der Haftpflichtversicherungsgesellschaften, Diss. Basel/Lugano 1948.
- FRANKS, J. Courts on Trial, Princeton, New Jersey 1973.
- FREEMAN, J. Opinion Letters and Professionalism, Duke L.Rev., vol. 1973:371.
- FRUEH, P. Die strafbaren Pflichtverletzungen des Rechtsanwalts, Diss. Zürich 1910.
- FULDA, C. Einführung in das Recht der USA, Baden-Baden 1966.
- FULPIUS, L. L'ordre des avocats à Genève, SJ 1937, S. 558 ff.
- GARDENAT, L. Traité de la Profession d'Avocat, Paris 1931.
- GAUTSCHI, G. Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971.
- Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953.
- GMÜR, A. Die zivilrechtliche Stellung des Rechtsanwaltes, Diss. Zürich 1907.
- GORGERAT, Ch. Le Barreau Vaudois, Lausanne 1937.
- GREGOIRE, P. Le droit anglo-américain de la responsabilité civile, Bruxelles 1971.
- GROSSFELD Probleme der Rechtsvergleichung im Verhältnis USA-Deutschland, RabelsZ. 1975, S. 5 ff.
- GUHL, Th./MERZ, H./KUMMER, M. Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972 (zit. Guhl).
- HAY, P. Einführung in das amerikanische Recht, Darmstadt 1976.
- An introduction to united states law, Amsterdam/New York/Oxford 1976.
- HENGGELER, O. Das Disziplinarrecht der freiberuflichen Rechtsanwälte und Medizinalpersonen, Diss. Zürich 1976.
- HEPPLE/MATTHEWS Tort, Cases and Materials, London 1974.

- HIRSCH, L. Zur Haftpflicht des Rechtsanwalts in Festschrift für Georg Cohn zu seinem 70. Geburtstag, Zürich 1915, S. 513 ff.
- HOFSTETTER, J. Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/2, Hrsg. F. Vischer, Basel/Stuttgart 1979.
- HUBER, H. Aufgabe und Bedeutung des freien Anwaltstandes im Rechtsstaat, SJZ 1957, S. 265 ff.
- INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW (under the Auspices of the International Association of Legal Science), Tübingen, Den Haag, Paris, New York (seit 1972) (zit. IECL).
- JAEGGI, P. Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, Festgabe Schönenberger, Fribourg 1968.
- JAMES, Ph. Introduction to English Law, 8. Aufl., London 1972.
- IZVEREN, A. Sorgfaltshaftung und Schadenersatzpflichten im Dienstvertragsrecht, Diss. Zürich 1952.
- KALSBACH, W. Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln 1956.
- KELLER, A. Haftpflicht im Privatrecht, 3. Aufl., Bern 1978.
- KELLERHALS, O. Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwalts aus Auftrag, Diss. Bern 1953.
- KOENG, M. Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten in der schweizerischen und kantonalen Rechtsprechung, Zürich 1941.
- KOETZ, H. Zur Berufshaftung im anglo-amerikanischen Recht, Vers.R. 1974, S. 613 ff.
- LARENZ, K. Lehrbuch des Schuldrechts, 2 Bände, 11. Aufl., München 1976/1977.
- LAURI, H. Kausalzusammenhang und Adäquanz im schweizerischen Haftpflicht- und Versicherungsrecht (ASR 443), Bern 1976.
- LE FORT Exercice de la profession d'avocat, SJ 1940, S. 177 ff.
- MARTIN-ACHARD, E. Le rôle de l'avocat, Genève 1950.
- MARTINDALE/HUBBELL Law Directory VII, Summit, New Jersey, 1978.
- MAZOR, L. Power and Responsibility in the Attorney-Client Relation, Stanf.L.Rev., vol. 20:1120, June 1968.
- MORRIS Custom and Negligence, Columb.L.Rev., vol. 42:1147, 1942.
- NADER, R./GREEN, M. Verdicts on Lawyers, New York 1976.
- NEUENSCHWANDER, M. Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht (ASR 405), 2. Aufl., Bern 1972.
- NEY, M. Responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires, Diss. Lausanne 1978.
- OFTINGER, K. Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2 Bände, I. Bd. 4. Aufl., Zürich 1975, II. Bd. 3. Aufl., Zürich 1970/72.
- Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Aufl., Zürich 1973 (zit. Oftinger Praxis).

- OFTINGER, K. Vom Beruf des Anwalts, SJZ 1941, S. 8 f.
- OSER, H./SCHÖNENBERGER, W. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, erster Halbbd.: Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929; 2. Teil (Halbbd.): Art. 184–418, 2. Aufl., Zürich 1936; 3. Teil: Art. 419–529, 2. Aufl., Zürich 1945 (zit. Oser/Schönenberger).
- OTT, W. Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, Diss. Zürich 1978.
- PARKER, R. Das Privatrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, Wien 1960.
- PATTERSON, L./CHEATHAM, E. The Lawyer and the Private Legal Process, Vand.L. Rev., vol. 24:295, 1971.
- PAYEN, F. Les règles de la profession d'avocat et usages, Paris 1936.
- PERROT, R. Le serment de l'avocat et les Us et Coutumes du Barreau de Genève, Genève 1970.
- Du Serment de l'Avocat et de la Jurisprudence de la Commission de Surveillance des Avocats, SJ 1943, S. 545 ff.
- PORTMANN, P. Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958.
- PROSSER, W. Handbook of the Law of Torts, 4. Aufl., St. Paul 1971.
- PROSSER AND WADE Cases and Materials on Torts, 5. Aufl., Mineola, N.Y. 1971.
- REICHEL, H. Gewillkürte Haftungsbeschränkungen, Festschrift für Georg Cohn, Zürich 1915, S. 203 ff.
- REINSMA, M. The professional liability of the legal practitioner under Dutch law, CILSA, vol 10:191, 1977.
- RENOLD, P. Die allgemeine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung der Anwälte, Notare und Beamten, Diss. Zürich 1937.
- RIEDMATTEN, J. de Le notaire valaisan, Diss. Bern 1938.
- RUESCHMEYER, D. Lawyers and their Society, Cambridge, Harvard University Press 1973.
- SAVATIER Traité de la responsabilité civile, 2. Aufl., Paris 1951.
- SCHEIDEGGER, H. Die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen Patentanwalt und Klient, Diss. Zürich 1969.
- SCHLECHTRIEM, P. Vertragsordnung und ausservertragliche Haftung, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Frankfurt 1972.
- SCHLESINGER, R. Comparative Law, Cases-Text-Materials, The Foundation Press, Inc., 3. Aufl., Mineola, N.Y. 1970.
- SCHWEINGRUBER, E. Kommentar zum Arbeitsvertrag, Bern 1974.
- SCHWEIZERISCHES PRIVAT-RECHT Bd. VII/2: Obligationenrecht. Besondere Vertragsverhältnisse, Hrsg. F. Vischer, Basel 1979; Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, HOFSTETTER, J., S. 1–217.

- SERGEANT, L. De la nature juridique du ministère de l'avocat, Diss. Paris 1901.
- SMITH, J./THOMAS, A. A Casebook on Contracts, 6. Aufl., London 1977.
- SONDE, Th. The Responsibility of Professionals under the Federal Securities Laws — some observations, Northwestern University L.Rev., vol. 68:1, 1973.
- STARK, E.W. Ein Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht (höhere Gewalt, Selbst- und Drittverschulden), Diss. Zürich 1946.
- THURMAN, S./PHILLIPS Jr., E./CHEATHAM, E. The Legal Profession, Cases and Materials, Mineola, N.Y. 1970 (zit. Casebook).
- TREADWELL, G. Über den Anwaltsberuf, SJZ 1934, S. 21 ff.
- TUHR, A. von/ESCHER, A. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, II. Bd., 3. Aufl., Zürich 1974.
- TUNK, A. Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation, Rev.int.dr.comp., 1953, S. 5 ff.
- USTERI, P./REIMANN, A./SOMMER, E. Kartotheek zum Schweizerischen Obligationenrecht (zit. OR-Kartotheek).
- USTERI, P. Aus der Praxis der zürcherischen Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte, SJZ 1942, S. 305 ff. und S. 321 ff.
- WADE The Attorney's Liability for Negligence, Vand.L.Rec., vol. 12:755, 1959.
- WALDER, H.U. Anwaltsrecht, Vorlesungsskript Universität Zürich 1971.
- WEGMANN, P. Berufspflichten des Rechtsanwalts unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Rechtes, Diss. Zürich 1969.
- WENGER, F. Rechte und Pflichten des Rechtsanwalts, ZBJV (Bd. 79), 1943, S. 414 ff.
- Berufliche Fragen, SJZ 1944, S. 74.
- Anwaltsrecht, SJZ 1948, S. 148.
- WILLISTON on Contract 3. Aufl., Mount Kisco, N.Y. 1967.
- WINFIELD, P.H. On Tort, 8. Aufl., London 1967.
- The Foundation of Liability on Tort, Colum.L.Rev., vol. 27:1, 1927.
- ZÜRCHER, E. Das schweizerische Anwaltsrecht, Zürich 1920.
- ZWEIGERT, K./KOETZ, H. Einführung in die Rechtsvergleichung, Bd. II, Tübingen 1969.

PERIODIKA

Schweiz

Basler Juristische Mitteilungen (BJM), Basel 1954 ff.
 Blätter für zürcherische Rechtsprechung (ZR), Zürich 1902 ff.
 Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (BGE) Lausanne 1875 ff.
 Journal des Tribunaux (JT, JdT), Lausanne 1853 ff.
 Sammlung der eidgenössischen Gesetze (AS)
 Semaine Judiciaire, la (SJ), Genève 1879 ff.
 Schweizerische Juristenzeitung (SJZ), Zürich 1904 ff.
 Schweizerische Juristische Kartothek (SJK), Genève 1941 ff.
 Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Bern 1865 ff.
 Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), N.F. Basel 1882 ff.

Anglo-Amerikanisch

American Journal of Comparative Law, Ann Arbor, Mich. 1952 ff.
 American Law Reports Annotated, Rochester, N.Y., 1st 1919 ff., 2nd 1948 ff., 3rd 1965 ff.
 Annual Survey of American Law, New York 1942 ff.
 Atlantic Reporter, St. Paul, Minn. 1885/86 ff.
 Columbia Law Review, New York 1901 ff.
 Cornell Law Review, Ithaca, N.Y. 1967 ff.
 Corpus Juris Secundum ... with Cumulative Annual Pocket Parts, Brooklyn, N.Y. 1936 ff.
 Duke Law Journal, Durham, 1951 ff.
 Federal Digest, St. Paul, Minn. 1753 ff.
 Federal Reporter, St. Paul, Minn. 1st 1880 ff., 2nd 1924 ff.
 Federal Supplement, St. Paul, Minn. 1923/33 ff.
 Harvard Law Review, Cambridge, Mass. 1887 ff.
 Index to Legal Periodicals, New York 1908 ff.
 International and Comparative Law Quarterly, London 1952 ff.
 International Lawyer, Washington 1966/67 ff.
 Law Quarterly Review, London 1885 ff.
 Law Reports, London 1865 ff.
 Michigan Law Review, Ann Arbor, Mich. 1902 ff.
 Modern Federal Practice Digest, St. Paul, Minn. 1939 ff.
 Modern Law Review, London 1937 ff.
 New York University Law Review, New York 1924 ff.
 North Carolina Law Review, Chapel Hill 1922 ff.
 North Eastern Reporter, St. Paul, Minn. 1936 ff.
 Pacific Reporter, St. Paul, Minn. 1931 ff.
 Record of the association of the bar of the city of New York, New York (zit. Record N.Y.)
 Texas Law Review, Austin, Texas 1922 ff.
 Tulane Law Review, New Orleans, La. 1916 ff.
 United States Law Week, Washington 1933 ff.
 United States Reports, Philadelphia/New York/Washington 1876 ff.
 University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia 1852 ff.
 Vanderbilt Law Review, Nashville, 1948 ff.
 Virginia Law Review, Charlottesville, Va. 1913 ff.
 Weekly Law Reports, London 1953 ff.
 West's Federal Practice Digest, St. Paul, Minn. 1961 ff. (West's)
 Yale Law Journal, New Haven, Conn. 1891 ff.

Andere

Australian Law Journal, Sydney 1927/28 ff.
 Canadian Bar Review, Ottawa 1923 ff.
 Comparative and International Law Journal of Southern Africa Pretoria 1968 ff.
 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin 1927 ff. (RabelsZ.)
 Versicherungsrecht, Karlsruhe 1950 ff.

EINLEITUNG

Die in den letzten Jahren auffallend wachsende Zahl komplexer Probleme und Streitfragen, mit welchen der Rechtsanwalt sich konfrontiert sieht, verlangt von ihm immer mehr Aufmerksamkeit und berufliche Disziplin. Im Wirbel und in der Spannung des Berufslebens kann es jedem geschehen, dass er aus der Vielzahl der Normen und Pflichten, die er zu berücksichtigen und einzuhalten hat, einzelnen nicht genügend Aufmerksamkeit schenkt, und ein Klient dadurch zu Schaden kommt. Unsere Gesetzgebung gibt in einem solchen Falle dem geschädigten Klienten die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen seinen Nachteil ausgleichen zu lassen. Ziel der Rechtsordnung ist es aber auch, den Anwalt vor ungerechtfertigten Forderungen und Inanspruchnahmen von Klienten zu schützen.

In der Schweiz finden wir nur wenig Literatur über die zivilrechtliche Anwalts-haftpflicht¹. Nur selten auch müssen sich Richter mit diesen Problemen auseinandersetzen und darüber rechtsprechen. Umfangreicher ist die ausländische Literatur und Praxis. Auffallend sind vor allem die zahlreicheren Berufshaftpflichtfälle in den Vereinigten Staaten, ein Umstand, welcher einen kurzen rechtsvergleichenden Beitrag im Rahmen dieser Arbeit rechtfertigt.

Gewiss kommt es bei uns – heute noch, und trotz erheblicher Zunahme in den letzten Jahren – nur selten zu Haftpflichtforderungen von Klienten gegen ihren Rechtsanwalt. Ausserdem kommt nur ein kleinster Prozentsatz dieser Forderungen in Form einer Klage vor Gericht. Die meisten Fälle werden von den Versicherungen direkt behandelt und durch anstandslose Bezahlung der geforderten Summe, durch Vergleich oder durch Abweisung der Forderung geregelt. Die Zunahme der Schadenersatzansprüche gegen Anwälte ist jedoch ein typisches Zeichen der Zeit. Eine durch den Informationsdienst sensibilisierte Öffentlichkeit ist rechtsbewusster; die Rezession trägt dazu bei, dass um kleinste Beträge prozessiert wird; der Ausbau der Rechtspflege, insbesondere des Armenrechts, gibt dem Bürger vermehrt die Möglichkeit, zu seinem Recht zu kommen. Gleichzeitig nehmen aber auch ungerechtfertigte Angriffe auf Anwälte zu.

Die Frage liegt auf der Hand: Riskiert die Schweiz im Gebiete der Berufshaftpflicht eine ähnliche Evolution, wie sie in den Staaten oder etwa in Deutschland verfolgt werden kann, oder lassen sich rechtliche oder gesellschaftliche Differenzen herauskristallisieren, welche eine unterschiedliche Entwicklung als Folge der verschiedenen Ordnungen darstellen können, was also heissen würde, dass unsere Rechtsanwälte² eher "verschont" bleiben könnten? Ein Blick auf die Situation bei den Ärzten, welche sich auch bei uns vermehrt gegen Angriffe zu wehren haben, lässt uns wohl eher annehmen, dass dem nicht so sei, dass in Zukunft auch die

1 Früh, Gmür, Zürcher, Renold, Köng, Kellerhals, Scheidegger u.a.

2 Bzw. die Versicherungsgesellschaften.

schweizerischen Anwälte vermehrt mit – begründeten oder unbegründeten – Forderungen rechnen müssen.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, nach einem Überblick über die grundsätzlichen, rechtstheoretischen Fragen der Anwaltschaftspflicht, vor allem die wichtigste, neuere Kasuistik, d.h. die eher bescheidene Zahl der gerichtlichen Entscheide und die etwas umfangreichere Praxis der Versicherungsgesellschaften, zusammenzustellen.

Der Spruchsammlung des Bundesgerichtes können wir allerdings nur vereinzelte Beispiele entnehmen. Ebenso spärlich sind kantonale Gerichtsentscheide. Die Anwaltschaftspflicht bildet wohl deshalb nur selten den Inhalt publizierter oder nicht publizierter Entscheide, weil die Berufshaftpflichtversicherungen – welche eine Vielzahl der praktizierenden Anwälte gegen Berufsrisiken versichert – zur Schonung ihrer Versicherungsnehmer, die Streitigkeiten wenn möglich auf gütlichem Wege beilegen, indem sie einen Vergleich anstreben oder bei eindeutig berechtigten Ansprüchen den fordernden Klienten ohne weiteres entschädigen. Somit gelangt nur der kleinste Teil der Forderungen als Klage vor Gericht, wovon sich wiederum ein Teil durch Vergleich, ohne Sachurteil, erledigt.

Häufiger sind kantonale Administrativentscheide oder – z.B. anschliessend an ein Moderationsverfahren – einredeweise vorgebrachte Ansprüche eines Klienten, welcher seinem Anwalt eine Pflichtverletzung vorwirft und deshalb nicht gewillt ist, seiner Honorarzahlungspflicht nachzukommen.

Die wichtigste Quelle tatsächlichen Materials befindet sich bei den Berufshaftpflichtversicherungen. Diese besitzen jedoch keine statistischen Unterlagen über die uns interessierenden Fragen. Ausserdem sehen sie sich nicht in der Lage ohne weiteres Akteneinsicht zu gewähren. Nur eine entsprechende Erlaubnis des Versicherungsnehmers, oder eine Entfernung der Namen, ermöglicht es, gewisse Dossiers einzusehen und zu untersuchen.

Unser Material ist somit beschränkt. Es handelt sich nur um Beispiele, welche keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Auch haben die Versicherungsfälle nicht die präjudizielle Kraft eines Urteils. Dennoch kann diese Zusammenstellung einen Überblick über die Voraussetzungen geben, welche in der Praxis zur Gutheissung einer Forderung gegen einen Anwalt führen können. Sie dienen zur Verdeutlichung der Voraussetzungen der Haftung und ermöglichen die Präzisierung einiger Grundsätze insbesondere für die Bedeutung und Reichweite der anwaltlichen Sorgfaltspflicht und für die Quelle anwaltlichen Versagens.

Infolge der vertraulichen Handhabung der Haftungsprobleme ihrer Mitglieder, sehen sich die kantonalen Standesorganisationen auch nicht in der Lage, ihre Beschlüsse und Auskünfte in einem konkreten Fall zur Einsicht freizugeben. Auch hier fehlt jegliche statistische Zusammenstellung und Auswertung des Tatsachenmaterials.

Anhand einer Analyse der aktuellen Rechtsprechung und unter Zuhilfenahme einiger Überlegungen aus dem amerikanischen Recht soll versucht werden, einerseits die Evolution in diesem Gebiet aufzuzeigen, und andererseits die Beziehung zwi-

schen Rechtsanwalt und Klient so darzustellen, dass sowohl der Anwalt wie auch der Klient durch eine gewisse Übersicht und Kenntnis der Kasuistik seine Rechte besser erkennen und wahren, aber auch seine Pflichten besser erfüllen kann.

Disziplinar- und strafrechtliche Fragen sollen hier nicht zur Sprache kommen^{3, 4}. Ebensowenig wird die Haftung des Anwaltes gegenüber Dritten (Nicht-Klienten) untersucht⁵.

Schwergewicht der folgenden Darstellung ist somit eine weniger theoretische als praktische Analyse der zivilrechtlichen (vertraglichen) Beziehung zwischen dem Anwalt als Parteivertreter und Rechtsberater (d.h. im Rahmen seiner "typischen" Berufstätigkeit) und seinem Klienten⁶.

3 Es geht somit im folgenden nur um die Haftung des Rechtsanwaltes als Subjekt des Privatrechts, öffentliches Recht wird nicht berücksichtigt.

4 Vgl. dazu Früh, Wegmann, Henggeler u.a.

5 Z.B. wegen Verleumdung, übler Nachrede usw.

6 Nicht berücksichtigt wird somit die Stellung des Rechtsanwalts als Verwaltungsratsmitglied, Gutachter, Vermögensverwalter usw.

ERSTER TEIL

Rechtslage nach schweizerischem Recht

1. Abschnitt

Vorbemerkungen

§ 1. Normzuständigkeit

Nach schweizerischem Recht findet das Verhältnis zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Klienten seine Rechtsgrundlage regelmässig im Auftragsrecht. Das Bundesgericht hat schon früh und immer wieder diese Auffassung der herrschenden Lehre sanktioniert^{1, 2}.

Als erstes stellen wir fest, dass der Anwalt in unserem Rechtssystem keine Sonderstellung einnimmt, dass es keinerlei "Sonderbundesrecht für Anwälte" gibt, und folglich auch die Haftung des Rechtsanwaltes nach den allgemeinen Regeln des Obligationenrechts beurteilt wird. Neben dem Bundesrecht werden jedoch kantonale Gesetze und Verordnungen³, und auch die von den verschiedenen Anwaltsverbänden aufgestellten Ständesregeln regelmässig zur Interpretation und Urteilsfindung zugezogen^{4, 5, 6}.

§ 2. Aktuelle faktische Lage

Zeitungen, Radio und Fernsehen sensibilisieren die breite Öffentlichkeit und vermitteln ihr vermehrte Tatsachen- und Rechtskenntnisse. Diese erweiterte Rechtskundigkeit trägt wohl dazu bei — in der Schweiz heute noch weniger als in vielen anderen Ländern, so etwa in Deutschland und in den Vereinigten Staaten —, dass viele Klienten selbstbewusster ihre Rechte oder diejenigen, die sie zu haben glauben, mit allen Mitteln zu wahren suchen.

1 BGE 41 II 480, mehr dazu siehe hinten 13.

2 An Stelle vieler Kellerhals, 11 ff., Gautschi ad 394 OR N. 28 b.

3 Z.B. ZH: Anwaltsgesetz vom 3. Juni 1938, BE: Advokatengesetz vom 10. Dezember 1840, GE: Loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941, VD: Loi du 22 novembre 1944 sur le barreau.

4 SAV Richtlinien, us et coutumes usw.

5 Vgl. Wegmann, 145 "zahlreiche anwaltsrechtliche Berufspflichten gegenüber dem Klienten sind mit auftragsrechtlichen weitgehend identisch".

6 Mehr dazu siehe Kellerhals 63 ff.

Eine solche Entwicklung bleibt nun nicht ohne Auswirkungen auf die Beziehung, namentlich auf das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klient. Enttäuscht über den Ausgang eines Prozesses zum Beispiel, weigert sich der Klient, wegen angeblicher Schlechterfüllung des Auftrages durch den Rechtsanwalt, die Honorarrechnung zu begleichen. Dazu macht er möglicherweise Schadenersatzansprüche geltend.

§ 3. Problemstellung

Nun ist aber eine genaue Abgrenzung der Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber seinem Klienten im Rahmen eines konkreten Mandates alles andere als einfach und problemlos. Namentlich die in Art. 398 OR erforderte "Sorgfalt" lässt der Interpretation viel Spielraum. Es ist somit kein leichtes Unterfangen zu entscheiden, wann nun der Anwalt dieser gesetzlich geforderten Sorgfalt objektiv⁷ und subjektiv⁸ nicht gerecht wurde und als Folge dieser fahrlässigen⁹ Vertragsverletzung dem Klienten schadenersatzpflichtig wird.

2. Abschnitt

Begriff und Voraussetzungen der vertraglichen Haftung

§ 4. Begriff der Haftung

Im Sinne der herrschenden wissenschaftlichen Terminologie¹ bedeutet "Haftung" bzw. "Haftpflicht" das Entstehen müssen für alle *ausservertraglichen* Schädigungen. Dabei unterscheidet man zwischen zwei Haftungsarten, der Verschuldenshaftung² und der Kausalhaftung³.

Nun soll aber in dieser Arbeit nur diejenige Haftung des Rechtsanwaltes untersucht werden, welche auf einem Vertragsverhältnis und der verschuldeten Verletzung einer Vertragspflicht beruht. Der Ausdruck Haftung wird somit in seinem weiteren Sinne gebraucht⁴ und soll nicht nur ausservertragliche, sondern auch – und wie gesagt im Rahmen dieser Arbeit *nur* – *vertragliche* Schädigungen erfassen.

7 Im Sinne einer Vertragsverletzung.

8 Im Sinne eines Verschuldens.

9 Vorsätzliche Pflichtverletzungen werden in dieser Arbeit nicht berücksichtigt.

1 Vgl. an Stelle vieler Oftinger 3 ff., Keller 28 ff.

2 OR 41.

3 OR 55, 56, 58 ZGB 55, 333, 679 und Spezialgesetze.

4 Vgl. Marginale zu OR 99 ff.

Als “Anwaltshaftung” werden die Folgen der nicht gehörigen Erfüllung einer Vertragspflicht⁵ im Sinne von OR 97 Abs. 1 – d.h. die Schadenersatzpflicht des Anwalts infolge einer berechtigten Vertragsklage des Klienten – verstanden.

§ 5. Überblick über die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung aus Vertrag

Art. 97 Abs. 1 OR umschreibt die Voraussetzungen, die eine Ersatzpflicht des Schuldners begründen, folgendermassen:

“Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.”

In dieser Gesetzesnorm finden wir die allgemeine Grundlage und die Voraussetzungen der Schadenersatzklage infolge Nicht- oder nicht gehöriger Erfüllung einer Vertragspflicht:

I. Existenz eines rechtsgültigen Vertrages⁶

Stehen das Subjekt der Haftpflicht (Schadenersatzpflichtiger) und das Subjekt der Schadenersatzforderung (der Geschädigte)⁷ in keiner vertraglichen Beziehung zueinander, so kann das schädigende Verhalten nur eine ausservertragliche Haftpflicht aus unerlaubter Handlung i.S. von OR 41 begründen⁸. Für die Haftung bedeutsam ist somit als erstes die Frage, ob ein Vertrag vorliegt oder nicht.

Nach den allgemeinen Regeln über den Abschluss der Verträge i.S. von Art. 1 ff. OR entsteht eine vertragliche Beziehung durch die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien. Eine Willensäusserung kann ausdrücklich, stillschweigend oder konkludent erfolgen und wird nach dem Vertrauensprinzip (ZGB 2) und unter objektiven Gesichtspunkten ausgelegt. Massgebend ist der Sinn, welcher die Gegenpartei der Willensäusserung geben durfte oder musste⁹.

⁵ Namentlich der Sorgfaltspflicht des Anwaltes OR 398.

⁶ Siehe hinten 10 ff.

⁷ Haftungsobjekt, bzw. Haftungsberechtigter ist der direkt Geschädigte (oder seine Rechtsnachfolger), aber nicht indirekt betroffene Dritte.

⁸ Dieser Tatbestand wird in der Arbeit nicht berücksichtigt.

⁹ Vgl. BGE 72 II 79; 101 II 325: “Wie die im Vertrag niedergelegte Willensäusserung zu verstehen ist muss ... durch Auslegung ermittelt werden. Welchen Sinn sie hat, beurteilt sich nicht bloss nach dem Wortlaut, sondern auch nach dem Zusammenhang, in dem die Äusserung steht, und nach den gesamten Umständen, unter denen sie abgegeben worden ist.”

Die ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung eines Entgelts bildet ein häufiges und starkes Indiz für die Annahme eines Vertragsverhältnisses¹⁰. So können wir mit Kellerhals sagen, dass "die Vereinbarung eines Entgelts ... mit Bestimmtheit den Willen der Parteien (offenbart), das Gebiet der blossen Gefälligkeit zu verlassen und dem Honorar einen mit vertraglicher Sorgfalt erteilten Rat entsprechen zu lassen. Umgekehrt darf aber die Unentgeltlichkeit nicht als schlüssig genug für die Nichtexistenz eines Vertragsverhältnisses aufgefasst werden ... Ein weiterer massgeblicher Anhaltspunkt ... ist die Gewerbmässigkeit ..." ^{11, 12}.

II. Schaden¹³

Schaden ist jede unfreiwillige Vermögensverminderung. Grundsätzlich besteht also der Schaden in der Differenz zwischen dem aktuellen Stand des Vermögens des Gläubigers und dem vorteilhafteren wirtschaftlichen Zustand, in welchem er sich befände, hätte der Schuldner vertragsgemäss erfüllt¹⁴.

III. Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung einer Vertragspflicht: Vertragsverletzung¹⁵

Eine Vertragsverletzung liegt immer dann vor, wenn die Leistung des Schuldners entweder ganz ausbleibt oder wenn er zwar leistet, aber dabei gewisse ihm obliegende vertragliche Pflichten verletzt^{16, 17}.

Grundsätzlich ist der Schuldner einer Leistung für jede Vertragsverletzung, sei es Nichterfüllung, oder sei es nur nicht gehörige, unsorgfältige Erfüllung schadenersatzpflichtig¹⁸.

10 Vgl. BGE 68 II 302 e contrario.

11 Kellerhals 103/4.

12 Weitere Entscheide: 99 II 285, 97 II 73 f., 95 II 437, 94 II 104, 92 II 348, 90 II 454, 105 II 16 ff. und weitere dort angegebene frühere Entscheide.

13 Mehr dazu siehe hinten 47 ff. Vgl. auch: SJ 1970, 548; BGE 97 II 176; 218; 87 II 372; 60 II 131.

14 An die Stelle des Schadenersatzes kann beim "tort moral", einem wirtschaftlich nicht messbaren Schaden, die Genugtuung eintreten (ZGB 28 in Verbindung mit OR 49 (OR 99 Abs. 3)), vgl. hinten 56.

15 Mehr dazu siehe hinten 48.

16 Die Vertragsverletzung entspricht der Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Schädigung gemäss OR 41.

17 Die Verpflichtung zu Schadenersatz gemäss OR 97 tritt an Stelle der Pflicht auf Erfüllung, wenn die Leistung nachträglich nicht mehr möglich ist.

18 Vgl. Engel 208: "... l'engagement assumé par le débiteur donne selon la logique, la bonne foi et, s'il le faut, les règles de l'interprétation, la mesure de son étendue et par conséquent

IV. Kausalzusammenhang¹⁹

Zwischen der Vertragsverletzung und dem Schaden muss eine Beziehung von Ursache und Wirkung bestehen²⁰.

Allerdings kommt nicht jede naturgesetzliche Ursache, ohne welche der eingetretene Erfolg nicht denkbar wäre, als haftungsbegründend in Betracht. Der Nachweis irgendeines *natürlichen* Kausalzusammenhanges genügt somit nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, ist eine Tatsache nur dann als Ursache eines Erfolges anzusehen, wenn sie nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens an sich geeignet war, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, und daher der Eintritt dieses Erfolges durch die konkrete Tatsache allgemein als begünstigt erscheint. Nur eine solche *adäquate* Kausalkette ist rechtserheblich und somit haftungsbegründend²¹.

Ein an sich adäquater Kausalzusammenhang kann durch höhere Gewalt, schweres Selbstverschulden oder schweres Drittverschulden "unterbrochen" werden und deshalb rechtlich nicht mehr relevant erscheinen²².

V. Verschulden²³

A) Begriff²⁴

Unter Verschulden versteht man die Qualifikation eines von der Rechtsordnung missbilligten menschlichen Verhaltens. Allgemein lässt sich sagen, dass ein Verhalten dann als tadelnswert betrachtet wird, wenn es von einem Durchschnittsverhalten, welches unter den gegebenen Umständen verlangt werden kann, abweicht.

de son exécution parfaite (au sens d'achevée"). Est défectueuse toute exécution qui, causant un dommage au créancier, contredit à la finalité normale de l'obligation."

¹⁹ Mehr dazu siehe hinten 49 ff.

²⁰ Vgl. Oftinger 70.

²¹ An Stelle vieler vgl. BGE 103 II 244/5; 102 II 237; 101 II 73 und weitere jeweils angegebene frühere Entscheide. Zur Beweisfrage vgl. BGE 102 II 263 und dort angegebene Judikatur; 98 II 242.

²² Vgl. 101 II 74/5: Les défendeurs prétendent à tort que la causalité adéquate a été interrompue par la faute concomitante de la demanderesse. Certes ... celle-ci a contribué à la survenance du dommage ... Si les négligences de celle-ci ont contribué à produire le dommage, elles n'ont pas interrompu la causalité adéquate entre l'acte illicite de X ... et ce préjudice. La faute de la demanderesse n'est pas prépondérante au point de rejeter à l'arrière-plan l'acte illicite du défendeur: l'une et l'autre ont joué un rôle causal dans la survenance du dommage." Ferner 66 II 120: "La jurisprudence ... exige que la faute du tiers soit si grave et si exceptionnelle qu'elle relègue dans le domaine des simples conditions lointaines la négligence du défendeur."

²³ Mehr dazu siehe hinten 52 ff.

²⁴ Es geht um den zivilrechtlichen Verschuldensbegriff, welcher sich mit dem strafrechtlichen nicht deckt. Vgl. dazu OR 53; BGE 66 II 80.

M.a.W. handelt derjenige schuldhaft, welcher weiss oder wissen muss, dass er seine vertraglichen Verpflichtungen – obwohl er es könnte – nicht denjenigen Grundsätzen gemäss erfüllt, die für ihn – auf Grund der rechtlichen Beziehung zwischen ihm und seinem Gläubiger – massgebend sind²⁵.

B) Arten: Vorsatz und Fahrlässigkeit

Vorsatz ist der auf die Herbeiführung eines Schadens gerichtete Wille^{26, 27}.

Bei der Fahrlässigkeit fehlt das Willenselement des Vorsatzes; nach der schweizerischen Rechtsprechung handelt derjenige *grob-fahrlässig*, welcher gegen die elementarsten Gebote der Vorsicht verstösst, die jeder vernünftige und in gleichen Lebensverhältnissen stehende Mensch unter den gleichen konkreten Umständen befolgt hätte²⁸.

VI. Beweislast

Bei der Schadenersatzklage gemäss OR 97 hat der Kläger die Existenz eines gültigen Vertrages, seinen Schaden, eine Vertragsverletzung durch den beklagten Schuldner (Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung) und den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen diesem Schaden und der Pflichtverletzung zu beweisen. Das Gesetz erleichtert ihm diese Klage, indem es das Verschulden des Beklagten präsümiert. Es liegt somit beim Schuldner zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft²⁹. Gelingt dieser Exkulpationsbeweis, so entfällt die Schadenersatzpflicht³⁰.

25 Der Verschuldensbegriff im Rahmen der vertraglichen Haftung ist derselbe wie bei der Haftung aus unerlaubter Handlung (OR 41). Der Unterschied zwischen dem vertraglichen und dem deliktischen Verschulden besteht darin, dass das erste sich auf eine spezifische Obligation, das letztere auf eine allgemeine Verhaltenspflicht bezieht.

26 Vgl. Oftinger 142.

27 Im Gebiete der Berufshaftung kommt Vorsatz kaum je vor, im folgenden wird nur das fahrlässige Verschulden untersucht.

28 Vgl. BGE 98 V 228; auch BGE 41 II 77; 88 II 430.

29 Vgl. dazu im "Arztrecht" die interessante, durch einen Teil der Lehre vorgeschlagene (etwa Gautschi ad 398 OR N. 26b) und vereinzelt durch die Rechtsprechung sanktionierte "Umkehrung" der Beweislast zugunsten des Arztes. Es obliegt dem Patienten das Verschulden des Arztes zu beweisen (SJ 1958 p. 484 ss, 1962 p. 214 ss). Rechtsdogmatisch findet eine solche Umkehr der Beweislast keine Begründung (Keller z.B. lehnt denn auch eine solche Lösung ab). Es sind Billigkeits- bzw. rechtspolitische Überlegungen, welche zu dieser Verteilung der Beweislast geführt haben, so insbesondere der Umstand, dass der Arzt oft in von der Natur bestimmte Kausalabläufe einzugreifen hat (vgl. ausführlicher Ott, 128/9).

30 Der Schuldner kann sich auf OR 119 berufen, bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung gilt die Forderung seines Vertragspartners als erloschen.

VII. Verjährung

Der Vollständigkeit halber sei noch auf die in OR 127 festgelegte zehnjährige Verjährungsfrist hingewiesen. Nach Ablauf dieser Frist ist eine Ersatzforderung gegen den Willen des Schuldners nicht mehr einklagbar³¹.

3. Abschnitt

Voraussetzungen der Haftung des Rechtsanwaltes aus Vertrag

§ 6. Rechtsverhältnis

I. Auftrag

A. Natur der vertraglichen Beziehung

1. "typische" Anwaltstätigkeit

In der Einleitung wurde bereits darauf hingewiesen, dass wir uns in dieser Arbeit nur mit "anwaltstypischen" Tätigkeiten auseinandersetzen werden. Welches sind nun diese Handlungen für welche grundsätzlich ein Anwalt herbeigezogen wird?

a) Forensische Tätigkeit

Als Angehöriger eines freien Berufes und unabhängiges Organ der Rechtspflege tritt der Rechtsanwalt in Rechtsangelegenheiten aller Art vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden auf. Dazu gehören einmal alle vorbereitenden und notwendigen Prozesshandlungen vor Gericht, namentlich die Verfassung von Rechtsschriften, mündliche Verhandlungen und Mitwirkung bei Zeugeneinvernahmen und anderen Beweisverfahren. Weiter zählen dazu die Beantragung bei den administrativen Behörden auf Erteilung gewisser Rechte, namentlich Baurechte, Einbürgerungen, Arbeitsbewilligungen und vieles mehr. Auch im privaten Wirtschaftsleben besorgt der Rechtsanwalt, als Vertreter und Vertrauensmann, die Rechtsangelegenheiten seines Klienten.

31 SJZ 55, 243: bei Honorarforderungen dagegen kommt die fünfjährige Verjährung von OR 128 zur Anwendung.

b) Rechtsberatung

Die primäre Aufgabe des Rechtsanwaltes ist die konsultative Tätigkeit; er hat den Hilfe suchenden Klienten aufzuklären, zu beraten und zu unterstützen, Verhandlungen zu führen, Verträge oder andere Rechtsschriften auszuarbeiten¹.

2. Rechtliche Qualifikation

Der Rechtsanwalt kann und will sich *nur* zu einem Tun zwecks *Herbeiführung* eines bestimmten erwünschten Erfolges verpflichten². Grundsätzlich besteht somit *kein Anspruch* auf Erzielung des *Erfolges* an sich, sondern nur auf Erbringen einer vertragsgemässen Leistung in Richtung dieses Erfolges. Demnach fällt es von vornherein ausser Betracht, die Rechtsbeziehung zwischen Anwalt und Klient dem Werkvertrag zu unterstellen³. Ein Arbeitsvertrag wird in der Regel auch nicht vorliegen, da die Vertragsparteien in keinem Dauerverhältnis zueinander stehen; der Anwalt hat nicht ein bestimmtes zeitliches Pensum zu erfüllen⁴. Auch lässt sich das Unterordnungsverhältnis im Arbeitsvertrag kaum mit der Natur der Anwaltstätigkeit in Einklang bringen⁵.

Lehre und Rechtsprechung sind sich somit einig, dass die Beziehung zwischen Rechtsanwalt und Klient dem im Gesetz, Art. 394 OR, folgendermassen definierten "einfachen Auftrag" untersteht⁶:

"Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen.

Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, stehen unter den Vorschriften über den Auftrag.

Eine Vergütung ist zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist."

1 Vgl. in GB und F die Unterscheidung zwischen solicitor und barrister, avoué und avocat; in der Schweiz erfüllt der Rechtsanwalt, l'avocat, beide Aufgabenbereiche.

2 Vgl. Kellerhals 11/12.

3 BGE 83 II 529: beim Werkvertrag erwartet der Besteller (Auftragsgeber) "... un certain résultat matériel ou immatériel, mais objectivement constatable".

4 Arbeitsvertrag kann vorliegen, wenn der Rechtsanwalt als Konsulent, mit einem bestimmten Fixum, in einem Dauerverhältnis zu seinem Auftraggeber, z.B. bei einer Industriegesellschaft, steht.

5 Die gesetzliche Haftung jedoch ist, durch den Verweis im Art. 398 OR, in beiden Verträgen dieselbe.

6 Allerdings muss bereits an dieser Stelle klargestellt werden, dass diese Beziehung, das Vertragsverhältnis zwischen Anwalt und Klient – durch die besondere Vertrauensstellung des Rechtsanwaltes – weit mehr beinhaltet als nur einen "einfachen" Auftrag. Vgl. BGE 95 I 21 ff.; 93 I 122; 91 II 439; 87 II 368/9; 41 II 480; JT 1979 III 2ss.

B. Entstehung des Auftrages

In der Praxis wird der Anwalt vom Klienten häufig schriftlich, durch Unterzeichnung einer Vollmacht oder eines Vollmachtsformulars, zu bestimmten Rechtshandlungen bevollmächtigt⁷.

Das Gesetz aber setzt für die Entstehung des Vertrages keine Formvorschriften⁸. Somit kann der Vertrag auch durch konkludente Willensäusserungen im Sinne von OR 1 Abs. 2 entstehen.

Das Auftragsrecht verlangt in Art. 395 OR⁹ eine sofortige Absage, wenn es sich um Beauftragte handelt, welche Aufträge gewerbsmässig entgegennehmen und "Geschäfte (...) kraft obrigkeitlicher Bestellung" betreiben. Anwälte unterstehen dieser Regelung. Die Annahme des Mandats wird hier somit präsumiert¹⁰. Allerdings liegt es in der Natur gewisser Mandate, dass eine solche Präsumption der Annahme voraussetzt, dass der Rechtsanwalt sich eine definitive Entscheidung vorbehält, um vorerst den Auftrag kurz zu überprüfen, man denke hier vor allem an die Übernahme eines Zivilprozessmandates¹¹.

Scheidegger¹² spricht von einer suspensiven Bedingung gemäss Art. 151/2 OR.

C. Wirkungen des Auftrages

1. *Vertragsinhalt*

Die vertraglich festgelegte Leistung des Rechtsanwaltes kann so vielfältiger Art sein, dass eine allgemeingültige, klare Abgrenzung des Vertragsumfanges oder eine auch nur annähernd erschöpfende Aufzählung der berufsmässigen Leistungen des Rechtsanwaltes unmöglich ist.

Nur in seltenen Fällen vereinbaren der Klient und der Anwalt ausdrücklich den genauen Umfang des Mandats. Im allgemeinen bestimmt er sich im Sinne von Art. 396 Abs. 1 "nach der Natur des zu besorgenden Geschäftes". Abs. 2 sieht ausdrücklich vor:

"Insbesondere ist in dem Auftrage auch die Ermächtigung zu den Rechtshandlungen enthalten, die zu dessen Ausführung gehören."

7 Siehe die durch kantonale Anwaltsverbände herausgegebenen Vollmachtsformulare, procurations.

8 OR 11, 394.

9 Vgl. OR 6, stillschweigender Akzept.

10 Vgl. Scheidegger 14 f., Zürcher 207, Kellerhals 14.

11 Vgl. Zürcher 207.

12 15.

Eine Schranke setzt Absatz 3, wenn der Anwalt z.B. einen Prozess einleiten oder einen Vergleich abschliessen soll. Dazu bedarf er einer besonderen Ermächtigung, welche allerdings regelmässig in der konkreten Vollmacht mitenthalten ist¹³.

Der Anwalt steht dem Klienten relativ selbständig gegenüber. Er wird im allgemeinen entscheiden, welches der genaue Umfang seiner Leistungen ist, was zur Interessenwahrung vorzukehren ist, welche Argumente er geltend machen will usw. Diese Selbständigkeit ist Teil der Unabhängigkeit aller Angehöriger freier Berufe^{14, 15, 16}.

Der Mandatsumfang wird somit sachbezogen bestimmt; massgebend ist das verfolgte Ziel, der erwünschte Erfolg. "Es soll die Arbeit geleistet werden, die geeignet ist, den Auftragserfolg herbeizuführen"¹⁷.

2. Rechte bzw. Pflichten der Vertragsparteien

a) Pflichten der Parteien im allgemeinen

aa) Das Obligationenrecht sieht vier Pflichten des Beauftragten vor:

aaa) Art. 398 Abs. 2 verlangt eine getreue und sorgfältige Ausführung des übertragenen Geschäftes. Diese Treue- und Sorgfaltspflicht verlangt vom Beauftragten, dass er die Interessen seines Auftraggebers bestmöglichst wahre. Art. 398 Abs. 1 verweist für die Sorgfalt im allgemeinen und für das Mass der Sorgfalt auf die Bestimmungen des Arbeitsrechtes (Art. 321a, 321e Abs. 2 OR). Lehre und Rechtsprechung sind sich jedoch einig, dass die Natur des Verhältnisses, insbesondere die Vertrauensbeziehung und die Stellung des "Berufsmannes" verlangen, dass beim Mandat strengere Grundsätze für das Sorgfaltsmass angewendet werden müssen¹⁸.

bbb) Gemäss Art. 397 Abs. 1 hat der Beauftragte nach dem Willen des Auftraggebers zu handeln¹⁹.

ccc) In der Regel ist der Beauftragte verpflichtet, das Mandat persönlich auszuführen. Nur wenn er "zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig be-

13 Siehe Vollmachtsformulare, vgl. BGE 78 II 372.

14 Der freiberufliche Beauftragte ist dadurch seinem Auftraggeber, welcher ihm grosses Vertrauen entgegenbringt, umso grössere Treue schuldig.

15 Mehr dazu siehe hinten, Weisungsrecht des Klienten 18 ff.

16 Vgl. Frankreich, wo das Anwaltsrecht zwischen "assister" (relativ selbständig Beistand leisten) und "représenter" (weisungsabhängige Stellvertretung) unterscheidet.

17 Gautschi ad OR 396 N. 3a.

18 Vgl. Guhl, 432 und dort zit. Judikatur.

19 Wer werden allerdings sehen, dass diese Regelung für den Anwalt als Fachmann nicht schlechthin anwendbar ist, siehe hinten 21 ff.

trachtet wird" (Art. 398 Abs. 3) ist die Verwendung von sog. Substituten zugelassen²⁰.

ddd) Als letztes verpflichtet das Gesetz in Art. 400 den Beauftragten, auf Verlangen jederzeit Rechenschaft abzulegen und anvertraute Akten, Wertsachen oder Gelder herauszugeben.

bb) Auch dem Auftraggeber werden gesetzlich vier Pflichten auferlegt:

aaa) Ohne gegenteiligen Brauch oder gegenteilige Abmachung ist der Auftrag unentgeltlich. In den häufigsten Fällen jedoch wird der Auftraggeber für geleistete Dienste ein verabredetes oder übliches Honorar entrichten müssen²¹.

bbb) Der Auftraggeber hat dem Beauftragten alle Auslagen und Verwendungen zu ersetzen, welche dieser in richtiger Ausführung seines Mandates gemacht hat (Art. 402 Abs. 1).

ccc) Derselbe Artikel verlangt, dass der Auftraggeber den Beauftragten von allen für ihn eingegangenen Verbindlichkeiten befreit.

ddd) Art. 402 Abs. 2 sieht eine Haftpflicht des Auftraggebers vor, wenn dem Beauftragten infolge der getreuen Ausführung des Mandates ein Schaden erwächst und der Auftraggeber sich nicht exkulpieren kann²².

b) Pflichten des Rechtsanwaltes im besonderen

aa) Rechtskenntnis und Fortbildung

Die Übernahme und vertragsmässige Durchführung des Mandates durch den Rechtsanwalt setzt voraus, dass er die Rechtsgrundlagen beherrscht und sich die nötigen Rechtskenntnisse laufend weiter aneignet. Er hat die Entwicklung der einschlägigen Vorschriften, der Rechtsprechung und der Lehre zu berücksichtigen. Dies verlangt eine umfassende Information und Orientierung. Nur diese von ihm erwarteten Fachkenntnisse ermöglichen es dem Rechtsanwalt, einen Sachverhalt rechtlich einzuordnen und verantwortlich zu bearbeiten.

20 Vom Substituten ist die Hilfsperson zu unterscheiden. Die Verwendung von Hilfspersonen wird durch Art. 398 nicht ausgeschlossen und ist in der heutigen Zeit der Arbeitsteilung üblich, vgl. auch Art. 68 OR und hinten S. 57 ff.

21 Es sei hier nochmals darauf hingewiesen, dass der Auftrag kein erfolgsqualifizierter Vertrag ist, das Honorar somit auch geschuldet ist, wenn der erwünschte Erfolg trotz gehöriger Erfüllung nicht eingetreten ist. Nur bei nicht gehöriger Erfüllung hat der Beauftragte keinen oder einen reduzierten Anspruch auf ein Honorar.

22 Vgl. Art. 97 OR, aber das Bundesgericht stellt hohe Ansprüche an den Exkulpationsbeweis (BGE 51 II 183) und sieht beim unentgeltlichen Auftrag eine verschärfte Haftung auch ohne Verschulden vor, wenn dies der Billigkeit entspricht (BGE 61 II 95).

Diese Pflicht gilt nun aber nicht uneingeschränkt. Nur anerkannte Lehrmeinungen, publizierte Bundesgerichtsentscheide und in den wichtigsten Zeitschriften veröffentlichte kantonale Entscheide sind zu verarbeiten. Ausserdem steht es dem Anwalt frei, seiner eigenen, vielleicht auch von der Lehrmeinung abweichenden Rechtsüberzeugung zu folgen, wenn er dies mit wohlüberlegten, rechtlich verfechtbaren Gründen vertreten kann²³. Die Grenze solcher Argumente aber bildet der berechnete Anspruch des Klienten, möglichst risikofrei seine Interessen auf dem "sichersten Weg" durch den Anwalt vertreten zu sehen²⁴. "Fortschrittliche" rechtswissenschaftliche Überlegungen und Auseinandersetzungen dürfen nicht auf Kosten des Klienten verfochten werden. Deutlich umschreibt dies Kellerhals²⁵: "Die Interessensphäre des Klienten eignet sich denkbar schlecht als Experimentierfeld des Rechtsanwalts".

Auch bei der von Lehre und Rechtsprechung für Berufsbeauftragte geforderten Fortbildungspflicht, beim Postulat stets "auf dem Laufenden zu sein", muss differenziert werden.

Natürlich kann einem Rechtsanwalt, schon nur aus zeitlichen Gründen, nicht zugemutet werden, die *gesamte* Lehre und Rechtsprechung zu verfolgen und zu verarbeiten. Es muss genügen, wenn er sich anhand der wichtigsten Entscheidungssammlungen, Fachzeitschriften²⁶, Kommentare, bekanntesten Monographien usw. fortbildet²⁷. Besonders aufmerksam wird er Änderungen der Rechtsprechung zur Kenntnis nehmen müssen. Auch wenn ihm die Zeit zum eigentlichen Studium fehlt, so soll er doch die "Marktlage", d.h. das Vorhandensein – und überblicksmässig den Inhalt – dieser Schriften kennen, um nötigenfalls in einer konkreten Situation und in einem abgegrenzten Gebiet seine Kenntnisse vertiefen zu können. Gilt er in einem Fachgebiet als Spezialist, so verschärfen sich die Anforderungen an seine Kenntnisse in diesem Spezialgebiet erheblich.

Generell lässt sich sagen: Je qualifizierter ein Anwalt, desto strenger die Anforderungen an seine Leistungs- und Sorgfaltspflichten²⁸.

bb) Verschärfte Treuepflicht

Von grundlegendster Bedeutung ist die Pflicht des Anwalts zur "getreuen Ausführung" (Art. 398 Abs. 2) des Mandats²⁹. Diese Treuepflicht gründet sich auf dem bereits erwähnten Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Klient. Die Auf-

23 Vgl. Boergen, 55.

24 Mehr dazu bei Renold, 239/40.

25 75.

26 BGE (Praxis, JT), SJZ, ZSR, je nach Kanton ZR, SJ, JT III, ZBJV, BJM usw.

27 Vgl. Gautschi ad Art. 398 N. 24b, Kellerhals S. 70 ff.

28 Z.B. im Steuerrecht, Immaterialgüterrecht, internationalen Privatrecht usw. Mehr dazu hinten 27 ff.

29 Vgl. Art. 321 a Abs. 1: "die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren".

gabe des Anwaltes liegt im richtigen, zweckmässigen und umfassenden Beraten (An- und Abraten) und Vertreten seines Klienten. Massgebend sind dabei seine Unabhängigkeit und Uneigennützigkeit, das im französischen Ständerecht so treffend bezeichnete "désintéressement"³⁰.

Die Treuepflicht beinhaltet die Verschwiegenheitspflicht während und nach Erlöschen des Mandats, die Pflicht Interessenkollisionen zu vermeiden, d.h. das Verbot zugunsten der Gegenpartei und gegen die Interessen des Klienten zu handeln oder gegen einen früheren Klienten aufzutreten³¹. Weiter gehört zur Treuepflicht die Orientierung des Klienten über den Stand seiner Angelegenheit und die im Gesetz gesondert vorgeschriebene Bindung an die Instruktionen des Klienten³², die Rechenschaftsablegung und die Herausgabe der anvertrauten Unterlagen³³. Zwei weitere gesetzliche Weisungen basieren auf der Treuepflicht: Das Vermeiden der Mandatsniederlegung zur Unzeit³⁴ und die in Art. 405 Abs. 2 vorgesehene Pflicht, gewisse Geschäfte nach Vertragsende fortzuführen³⁵.

Zusammengefasst besteht für den Rechtsanwalt die allgemeine Pflicht, alles zu vermeiden, was die Interessen seines Klienten gefährden könnte³⁶.

Anschliessend wollen wir nun diese einzelnen Pflichten etwas genauer untersuchen:

cc) vorvertragliche Leistung: Übernahme des Mandats³⁷

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es in der Natur gewisser Mandate liegt, dass der Rechtsanwalt sich vorbehalten muss, nach Prüfen des ihm vorgelegten Sachverhaltes, den Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Bereits in diesem vorvertraglichen Stadium sieht sich der Rechtsanwalt verpflichtet, die Interessen seines potentiellen Klienten zu wahren. Er hat die ihm überlassenen Unterlagen innert nützlicher Frist zu prüfen. Mit besonderer Aufmerksamkeit wird er untersuchen, ob Fristen eingehalten werden müssen³⁸.

Jede ungerechtfertigte Verzögerung seiner Annahme- bzw. Ablehnungserklärung muss er vermeiden.

Eine Pflicht zur Mandatsablehnung kann gegeben sein, wenn dem Rechtsanwalt ein Problem vorgelegt wird, das er offensichtlich nicht lösen kann, sei es, weil

30 Vgl. Vortrag von Prof. F. Gygi "der Beruf des Anwalts" gehalten am 25. Januar 1971, abgedruckt in SAV Heft 33. Vgl. auch Wegmann, 154.

31 Siehe hinten 21.

32 Art. 397, siehe hinten 21 ff.

33 Art. 400, siehe hinten 26.

34 Art. 404 Abs. 2 siehe hinten 27.

35 Siehe hinten 27.

36 Vgl. Art. 321 a Abs. 1 "... die berechtigten Interessen ...".

37 Vgl. Keller 356, an Stelle vieler BGE 67 II 23.

38 Vgl. Wegmann 187.

Fachkenntnisse in einem speziellen, ihm fremden Bereich verlangt werden, sei es, weil er, bereits überlastet, die Zeit für einen aufwendigen Auftrag nicht aufzubringen vermag.

Weiter hat er, objektiv, die Erfolgchancen zu prüfen; nutz- und zwecklose Verfahren soll er nicht einleiten³⁹.

In einem nicht publizierten Urteil der Appellationsinstanz des Kantons Luzern ging es um die Frage, ob der beklagte Anwalt den Auftrag des Klägers wegen Aussichtslosigkeit hätte ablehnen müssen. Bei der Auslegung des Begriffes der Aussichtslosigkeit betonte das Gericht, dass nicht einfach von derjenigen Umschreibung ausgegangen werden dürfe, von der die bundesgerichtliche Praxis das Recht auf Erteilung des prozessualen Armenrechts abhängig mache. In diesem Sinne ist ein Prozessbegehren dann aussichtslos, wenn dessen Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und es deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden kann (BGE 98 Ia 342 und dortige Verweisungen). Eine Mandatsverletzung sei jedoch dann zu bejahen, wenn der Prozess zum vornherein jeder Erfolgsaussicht entbehre und der Anwalt dies seinem Klienten verschweige oder gar Gegenteiliges behaupte.

In diesem Urteil hat das Gericht eine Aussichtslosigkeit in diesem Sinne auf Grund verschiedener Indizien verneint, unter anderem auch, weil die Gründlichkeit, mit der sich das Gericht mit den klägerischen Vorbringen (in dem vom Anwalt für seinen Klienten geführten Prozess) beschäftigt hatte – ebenfalls ein Indiz dafür, dass der Prozess jedenfalls nicht zum vornherein jeder Chance entbehre – gegen eine leichtfertige Übernahme des Mandates (durch den später eingeklagten Anwalt) spreche.

Daraus lässt sich schliessen, dass es nicht angeht, daraus, dass ex post, nach Fällung eines richterlichen Urteils, eine Klage als unbegründet erscheint, zu schliessen, der Anwalt habe ein aussichtsloses Mandat übernommen⁴⁰.

Dagegen wurde ein Verschulden des Anwalts angenommen⁴¹, welcher eine klare Rechtslage falsch beurteilte und eine Klage anheb, obwohl bei richtiger Erfassung des Tatbestandes und dessen rechtlicher Beurteilung keinerlei Erfolgsaussichten bestanden. Gegen das abweisende Urteil legte er ausserdem noch Berufung ein. Hier hätte der Anwalt die Aussichtslosigkeit eines Prozesses erkennen können und müssen und seinem Klienten demzufolge von der Durchführung des Rechtsstreites abraten sollen.

Mit anderen Worten gilt ein Vorgehen dann als "aussichtslos", wenn bei näherem Zusehen objektiv und offensichtlich erkannt werden kann, dass das gewählte Verfahren für den Klienten keinerlei Vorteile bzw. ihn nicht in eine weniger nachteilige Lage bringen wird. Jedoch darf nicht als "aussichtslos" gewertet werden z.B. ein Prozessbegehren, dessen Erfolgchancen als nur gering erscheinen, gewisse Tatsachen und verfechtbare rechtliche Überlegungen aber eine – auch nur kleine – Möglichkeit eines wenigstens partiellen Erfolges offen lassen.

39 Vgl. Urteil vom Trib. di Appello, Ticino vom 13. September 1972, zit. in OR-Kartothek ad Art. 398. Vgl. auch SJ 1927, 447: "Si un avocat ne peut être recherché en principe, à raison de la perte d'un procès, une faute doit, par contre, être reconnue à sa charge ... lorsque ... il n'informe pas son client de l'inadmissibilité d'un recours et intente une action d'une nature toute spéciale en dehors de toute base légale."

40 Vgl. SJ 1956, 413: "L'avocat n'a pas à se constituer avant le Tribunal juge du différend qui oppose son client à un tiers. Il n'est juge que de la cause que lui soumet son client."

41 Im Rahmen einer Honorarforderungsklage stellte der Klient widerklageweise das Begehren, sein Anwalt habe ihm die vor erster und zweiter Instanz angefallenen Gerichtskosten und Anwaltsentschädigungen zurückzuerstatten und die geleisteten Kostenvorschüsse zurückzubezahlen. Die Streitsache konnte durch Vergleich beigelegt werden; es kam nicht zum Urteil (1977/8).

dd) *Vertragliche Leistungen*aaa) *Ermittlung des Mandatsumfanges*

Die bei den meisten Mandatsübernahmen individuell ausgefüllten und unterzeichneten Vollmachten bzw. Vollmachtsformulare umschreiben klar den Umfang des durch den Anwalt auszuführenden Auftrages⁴². Aber auch bei fehlender Vollmacht lassen sich die Leistungspflichten des Anwalts ermitteln. Diese richten sich nach dem übernommenen Geschäft. Als erste eindeutige Pflicht des Rechtsanwaltes steht deshalb die Ermittlung der ihm unterbreiteten Angelegenheit in tatsächlicher Hinsicht, die Erkenntnis der Rechtslage und die Erfassung der Interessen des Klienten. Unter keinen Umständen darf ein persönliches, z.B. ein Verdienstinteresse, den Rechtsanwalt bei dieser Ermittlung beeinflussen. Sieht er zum Beispiel, dass seine Kenntnisse in einem Spezialgebiet nicht ausreichen, um die ganze Angelegenheit alleine sachgerecht auszuführen, so hat er die Pflicht, den Auftrag entsprechend zu beschränken, und nötigenfalls, mit der Erlaubnis des Klienten, einen dafür spezialisierten Kollegen beizuziehen⁴³.

Ausgangspunkt ist der Wunsch des Klienten. Aufgabe des Anwaltes ist es, den vom Klienten erwünschten Erfolg richtig zu erfassen. Oft sind sich Ratsuchende der ihnen offenstehenden Möglichkeiten nicht bewusst. Der Rechtsanwalt wird vorerst alle nützlichen Informationen verlangen⁴⁴, um anschliessend seinem Mandanten den bestmöglichen Weg für die Verfolgung seiner Rechte anzuraten⁴⁵.

In einer Berufungsstreitsache hatte das Kantonsgericht von Graubünden⁴⁶ folgenden Tatbestand rechtlich zu beurteilen:

In einem Verkehrsunfall in Deutschland kamen die zwei Insassen, beides Schweizer, eines schweizerischen PKW ohne Verschulden ums Leben. Die schweizerischen Erben der beiden Verstorbenen beauftragten einen Rechtsanwalt in Deutschland mit der Wahrung ihrer Interessen.

42 Vgl. dazu etwa BGE 85 I 45 E. 3, für den Umfang der Vollmacht insbesondere BGE 29 II 53 ff.; 43 III 22/23; 45 III 125. Ferner ZR Nr. 31: "Eine dem Vertreter ausgestellte Vollmacht zur Vornahme aller Vertretungshandlungen vor kantonalen und eidgenössischen Gerichtsinstanzen schliesst die Ermächtigung zur Ergreifung von Rechtsmitteln und zum Verzicht auf solche in sich."

Vgl. auch ZR 56 Nr. 103: "Nach Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes hervorgeht, u.a. mit dem Tode des Vollmachtgebers. Art. 405 Abs. 1 OR bestimmt dasselbe für den Auftrag. Vorliegend fragt es sich nur, ob der dem Beklagten erteilte Auftrag nach der Natur des Geschäftes den Tod S.s überdauert habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist dies bei der Prozessvollmacht der Fall. Privatrechtlich gilt sie, unter Vorbehalt des Widerrufs, über den Tod des Vollmachtgebers hinaus bis zur Beendigung des Prozesses (BGE 50 II 30, 75 II 192 Erw. 1)."

43 Vgl. Substitution, siehe hinten 39.

44 Grundsätzlich darf er Informationen seines Klienten hinnehmen, ohne weitere Ermittlungen über diese anstellen zu müssen, vgl. Boergen 55. Mehr dazu hinten 21 ff., insbes. die Informationspflicht.

45 Kommt der Klient mit bestimmten Instruktionen, so hat der Anwalt diese in der Regel zu respektieren, siehe hinten 21 ff.

46 Nicht publiziertes Urteil aus dem Jahre 1977.

Später wurde der beklagte schweizerische Anwalt beigezogen. Er wurde beauftragt, bei der Beschaffung der Unterlagen für die Haftpflichtversicherung des den Unfall verursachenden Fahrers, betreffend der den Erben in der Schweiz zustehenden Versicherungsleistungen mitzuwirken. Das Generalmandat des deutschen Rechtsanwaltes lief weiter. Für den schweizerischen Anwalt wurde keine Generalvollmacht unterzeichnet.

In der Folge entstanden zwischen dem schweizerischen Anwalt und den Erben des verstorbenen Mitfahrers *Differenzen über den Umfang des Mandates*. In ihren Rechtsschriften machten die Kläger vor allem geltend, dass gemäss Art. 85 Abs. 1 SVG die Möglichkeit bestanden hätte, in der Schweiz gegen die Versicherung des Halters des verunglückten Personenwagens zu klagen. Der Richter hätte alsdann schweizerisches Recht angewendet, was die Zusprechung einer Genugtuungssumme ermöglicht hätte. Nach deutschem Recht sei dagegen keine Genugtuung geschuldet. Es wäre daher die Pflicht des Beklagten gewesen, die Kläger auf die Möglichkeit, in der Schweiz Genugtuung geltend zu machen, hinzuweisen. Auf jeden Fall hätte er den Eintritt der Verjährung gegenüber der Versicherungsgesellschaft verhindern müssen.

Der Beklagte bestritt in seinen Rechtsschriften, von den Klägern einen umfassenden Auftrag zur Abklärung aller Rechtsfragen erhalten zu haben. Sein Mandat sei im vornherein auf ganz bestimmte Handlungen beschränkt worden. Dies ergebe sich daraus, dass der deutsche Rechtsanwalt in der gleichen Sache einen umfassenden Auftrag gehabt habe. Der Grund seines Eingreifens seien lediglich die für die Versicherung zu besorgenden Unterlagen gewesen. Dies ergebe sich auch daraus, dass er sich nicht ein Vollmachtformular habe unterschreiben lassen, was im Falle eines umfassenden Auftrages selbstverständlich gewesen wäre.

Das Kantonsgericht zog in Erwägung, dass grundsätzlich der Ansicht zugestimmt werden könne (vgl. Gautschi, N. 2c ad Art. 396 OR), ein Anwalt

“sei stets verpflichtet, den Auftraggeber über alle Rechtsprobleme, die sich aus dem Mandat ergeben könnten, aufzuklären. Schon die sachverständige Ermittlung des Umfanges eines Auftrages gehöre zu den Sorgfaltspflichten eines Anwalts ... Nur der Anwalt als Kenner des Rechts ist in der Lage festzustellen, welche rechtlichen Schritte zur optimalen Wahrung der Interessen seines Klienten notwendig sind. Der Laie als Auftraggeber muss sich auf die Fachkenntnisse seines Rechtsvertreters verlassen.”

Bei der Abklärung der tatsächlichen Situation jedoch kam das Gericht zur Überzeugung, dass verschiedene Indizien für ein beschränktes Mandat sprechen würden, so etwa das laufende Mandat des deutschen Kollegen und die Unterlassung der Unterzeichnung eines Vollmachtformulars, wie es sonst in Anwaltskreisen üblich ist. *Fraglich* blieb lediglich, ob der Beklagte *von sich aus den Umfang des Auftrages* auf die Abklärung weiterer Rechtsfragen, insbesondere auf einen Vergleich der Rechtslage in Deutschland und in der Schweiz, *hätte ausdehnen müssen*. Das Gericht verneinte dies und wies die Berufung ab mit der Begründung, dass es keinem Zweifel unterliege, dass der deutsche Anwalt zur Erfüllung seines Auftrages die Rechtslage umfassend zu untersuchen gehabt habe. Unter diesen Umständen sei der Beklagte nicht gehalten, eigene, über den Umfang seines Auftrages gehende Abklärungen vorzunehmen. Er dürfe davon ausgehen, dass der deutsche Anwalt entweder selber recherchiere, oder ihm einen entsprechenden Auftrag erteile⁴⁷.

In folgendem Fall wurde dem Anspruch eines Klienten Folge geleistet⁴⁸:

Der Anwalt hatte den Auftrag, gewisse für den Druck vorgesehene Formulare auf ihre materielle und formelle Gültigkeit und Angemessenheit zu prüfen. Diese Formulare enthielten Klauseln in französischer, deutscher und englischer Sprache. Der Anwalt liess die für ihn endgültige Fassung durch einen vereidigten Übersetzer kontrollieren. Diese Arbeit wurde unsorgfältig ausgeführt, so dass die anschliessend in grosser Anzahl gedruckten Formulare zahlreiche Fehler enthielten und nochmals neu gedruckt werden mussten. Der Klient machte den Rechtsanwalt für diese Mehrkosten verantwortlich. Der Anwalt stellte sich auf den Standpunkt, sein Mandat sei inso-

47 Ein ganz ähnlicher Fall wurde bis vor Bundesgericht weitergezogen. Alle drei Instanzen wiesen die Klage ab.

48 Die Versicherung regelte den Fall, Klage wurde keine erhoben.

fern beschränkt gewesen, als es sich nicht auf die orthographisch richtige Festsetzung der Fremdsprachetexte bezogen habe.

Die Versicherung nahm sich der Angelegenheit an und bejahte den Schadenersatzanspruch des Klienten. Der Auftrag habe sich klar auf die Ausfertigung von für die Öffentlichkeit bestimmten (druckreifen und demnach sauber dargestellten) Formularen bezogen. Es liege in der Verantwortung des Anwalts, sich zu vergewissern, dass alle Texte, in allen Sprachen, sorgfältig formuliert seien. Konnte er sich nicht für fehlerfreie fremdsprachige Klauseln verbürgen, so durfte er das Mandat in diesem Umfange nicht übernehmen⁴⁹.

Dieser Entscheid kann nicht überzeugen. Er lässt sich wohl mit der in gewissen Fällen grosszügigen Haltung der Versicherungen begründen. Auftragsrechtlich jedoch führt ein solcher Entscheid zu weit; ein Anwalt, der nicht zugleich auch Übersetzer ist, könnte das Mandat überhaupt nicht übernehmen, da das materielle und das formelle, sprachliche Element sich nur schwer trennen lassen. Denkbar wäre ein Vorbehalt im Sinne einer Wegbedingung der Haftung für sprachliche Probleme bzw. Schlechterfüllung⁵⁰. Was nun die Haftung des Anwalts anbelangt, so scheinen mir viel eher die Normen, welche das Einstehenmüssen für Handlungen von Hilfspersonen oder Substituten regeln, anwendbar⁵¹.

Ein weiterer, aber nicht ganz eindeutiger Fall, wurde zwar von der Versicherung zugunsten des Klienten entschieden. Dennoch scheint hier die Pflichtverletzung nicht klar bejaht werden zu können:

Nach einem Verkehrsunfall beauftragt der Klient den Anwalt, seine Interessen gegenüber der Unfallversicherung X zu wahren. In diesem Sinne wird das Mandat in der Vollmacht präzisiert. Der Anwalt führt die Angelegenheit mit der Versicherung X sorgfältig aus. Ein Jahr später wird dem Anwalt vorgeworfen, er hätte es schuldhaft unterlassen, eine IV-Rente geltend zu machen, welche seinem Klienten zugekommen wäre. Unterdessen sei aber bereits ein Teil dieser Rentenansprüche verjährt.

Begründet wird der Schadenersatzanspruch damit, dass, wenn jemand einen Anwalt nehme, dieser verantwortlich sei, alle Möglichkeiten zugunsten seines Klienten zu prüfen, auch wenn dies nicht ausdrücklich in der Vollmacht stehe. In diesem Sinne könne ein Mandat nicht beschränkt sein.

So allgemein gefasst scheint mir diese Begründung zumindest fragwürdig. Gewiss hat der Anwalt als Fachmann eine Übersicht über die für seinen Klienten günstigsten Möglichkeiten. Der rechtsunkundige Klient, dessen Wille es ist, seine Interessen im weitesten Sinne bestmöglichst gewahrt zu sehen, hat diesem Wunsch deutlich Ausdruck zu geben, insbesondere durch Unterzeichnung einer Generalvollmacht. Einmal mehr kann es jedoch auch hier keine allgemein gültige Formel geben. Die konkreten Umstände werden von Fall zu Fall die rechtliche Beurteilung ermöglichen^{52, 53}.

49 Regressansprüche konnten jedoch geltend gemacht werden.

50 Vgl. dazu aber hinten 41 ff.

51 Mehr dazu siehe hinten 38 ff.

52 Hier stellt sich auch die schwer und nur im konkreten Fall zu beantwortende Frage der Wechselbeziehung zwischen der Befolgungspflicht der Instruktionen des Klienten einerseits und dem Umfang des Mandates andererseits.

53 Im umgekehrten Sinne hat das Bundesgericht (88 II 166) die Haftung eines Notars verneint, während der Klient der Ansicht war, der beklagte Notar habe Handlungen unternommen, welche nicht mehr im Rahmen seines Mandates waren. Das Bundesgericht dagegen entschied, der Notar sei in einer Art und Weise tätig geworden, welche dem Zwecke

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Rechtsanwalt zur Vertragsumfangs-ermittlung – und auch anschliessend während der Durchführung des Auftrages – deutliche Informationen verlangen, klar die Probleme erfassen und den Klienten über seine rechtlichen Möglichkeiten aufklären muss, so dass dieser in der Lage ist, seinem Anwalt seine genauen Erwartungen zu unterbreiten und dementsprechende Instruktionen zu geben.

bbb) Durchführung des Mandates

aaaa) Geheimhaltung und Verbot der Interessenkollisionen

Verletzungen der Geheimhaltungspflicht und Interessenkollisionen werden disziplinarisch⁵⁴ und zivilrechtlich⁵⁵ gerügt. Dazu geniesst das Berufsgeheimnis noch strafrechtlichen Schutz⁵⁶. In der Praxis wird es sich meist um vorerst disziplinarisch geahndete Pflichtverletzungen handeln⁵⁷, welche allerdings die zivilrechtliche Haftung für einen bewiesenen Schaden oder eventuell sogar eine Pflicht zur Genugtuungsleistung i.S. von Art. 49 OR⁵⁸ nach sich ziehen können. Da jedoch das Schwergewicht dieser Arbeit in der Darstellung der zivilrechtlichen Folgen einer fahrlässig verschuldeten Verletzung einer Vertragspflicht, v.a. der in einem weiteren Abschnitt zu behandelnden Sorgfaltspflicht liegt, soll für diese Gruppe der im Untertitel aaaa) genannten Vertragspflichten, ein Verweis auf die ausführlichen Darstellungen etwa von Kellerhals oder Wegmann⁵⁹ genügen.

bbbb) Instruktionsgemässes Handeln

Der Beauftragte, der von seinem Auftraggeber gewisse Instruktionen bekommen hat, darf nur insofern davon abweichen, als nach den Umständen die Einholung einer Erlaubnis nicht tunlich und überdies anzunehmen ist, der Auftraggeber würde sie bei Kenntnis der Sachlage erteilt haben. Dies bestimmt Art. 397.

Vorweg sei festgehalten, dass der Rechtsanwalt an rechts- oder berufsrechtswidrige Weisungen des Klienten nicht gebunden ist. Solche Weisungen, welche den im privaten oder öffentlichen Recht verankerten Interessen zuwiderlaufen, kann

seines Auftrages am besten gerecht wurde, er habe demnach die Grenzen seines Auftrages nicht missachtet.

54 Vgl. z.B. AG (ZH) Art. § 14.

55 ZGB 27, 28, OR 41, 49, 398 u.a.

56 StGB 321.

57 Vgl. zahlreiche Administrativentscheide u.a. ZR 31 Nr. 73 ZR 38 Nr. 82.

58 OR 49 verlangt besondere Schwere der Verletzung und schweres Verschulden.

59 Kellerhals 125 ff., Wegmann 156 ff.

er und muss er sogar missachten. Dem Klienten wird in einem solchen Falle kein Anspruch auf Schadenersatz als Folge einer Vertragsverletzung zustehen.

Klar ist auch die Tatsache, dass der Anwalt nicht ohne rechtsrelevanten Grund und/oder ohne Rücksprache mit dem Klienten Anweisungen schlichtwegs übergehen kann. Bei solch einem Handeln kann der Klient ihn mit einer Schadenersatzklage gestützt auf OR 397 zur Rechenschaft ziehen⁶⁰.

Eindeutig war denn auch das Verschulden eines Anwaltes in folgendem Fall:

Zur Wahrung der Interessen seiner auf Scheidung klagenden Klientin beauftragt, hat der Anwalt ohne neue Weisungen zu holen, die Klageschrift beim Gericht eingereicht. Darin verzichtete die Klägerin auf Alimente, die geforderten Unterhaltsbeiträge waren auf beinahe die Hälfte des ursprünglich vorgesehenen Betrages gesenkt, weiter verzichtete die Klägerin auf eine Provision ad litem. Die Klientin wurde über diese Änderungen nicht informiert. Erst als sie das Scheidungsurteil zu sehen bekam, setzte sie sich unverzüglich zur Wehr. Da jedoch das Urteil in allen Punkten den klägerischen Anträgen entsprach, konnte keine Berufung eingelegt werden^{61 62 63}.

Schwieriger für den Rechtsanwalt wird die Entscheidung, welches Verhalten er einnehmen soll, wenn der Klient auf unzumutbaren, seinen eigenen Interessen widersprechenden Weisungen beharrt, obwohl sein Anwalt ihn auf die möglicherweise schädlichen Auswirkungen aufmerksam gemacht hat⁶⁴. Einerseits verlangt die Treuepflicht die Wahrung der Interessen des Klienten, andererseits fordert das Gesetz (OR 397) weisungsgemässes Handeln des Beauftragten. Soll nun der Rechtsanwalt die Ausführung der verlangten Handlung verweigern oder soll er sie befolgen, obwohl ein abweichendes Verhalten des Anwalts für den Klienten vorteilhafter sein könnte?

In einem nicht-publizierten Urteil hat das Bundesgericht im Jahre 1933⁶⁵ entschieden, dass der Rechtsanwalt unzumutbare Anordnungen *befolgen kann*, wenn sein Klient trotz Aufklärung auf der Durchführung seiner Instruktionen beharrt. Vorsichtshalber sollte er sich diese allerdings schriftlich vom Klienten bestätigen lassen. Somit läuft er keine Gefahr, von seinem Klienten anschliessend erfolgreich belangt zu werden⁶⁶. Kellerhals⁶⁷ geht noch weiter, indem er sagt, dass der Anwalt selbst dann *nicht* von Weisungen imperativer Natur *abweichen darf*, wenn er glaubt, dass ein anderes Vorgehen für den Auftraggeber vorteilhafter

60 Vorausgesetzt, dass alle vorne im 2. Abschnitt skizzierten Voraussetzungen der Klage gegeben sind.

61 Vor dem Richter wurde die Streitigkeit vergleichsweise beigelegt.

62 Die Versicherung bezahlte denn auch die geforderte Summe.

63 Weitere Entscheide: SJ 1965, 60 ss.; ZR 45 Nr. 9.

64 Die Möglichkeit bzw. Pflicht der Mandatsniederlegung soll hier nicht näher untersucht werden, vgl. dazu Kellerhals 121. Vgl. auch BGE 95 I 590: "Nach dem allgemeinen Auftragsrecht hat der Beauftragte sich in der Regel an die ihm vom Auftragsgeber erteilten Weisungen zu halten (Art. 397 OR). Diesem Grundsatz entspricht es, dass Art. 404 OR dem Beauftragten das Recht einräumt, das Mandat jederzeit niederzulegen, denn dem Beauftragten kann nicht zugemutet werden, unzumutbare Weisungen des Auftraggebers wider besseres Wissen auszuführen (Gautschi, N. 15a zu Art. 404 OR)."

65 BGE in Sachen Steiner gg Baumann vom 26. September 1933, zit. bei Renold 216.

66 Vgl. Oser-Schönenberger ad OR 397 N. 2a.

67 117.

wäre. Die Frage stellt sich schliesslich nur, wenn die Anweisungen des Klienten eindeutig unzweckmässig sind. Ist der vorgeschlagene Weg vertretbar, so hat der Rechtsanwalt nicht das Recht, sondern die Pflicht, den Anordnungen gemäss zu handeln⁶⁸.

Grundsätzlich geht also die gesetzliche Pflicht von Art. 397 Abs. 1 der allgemeinen Treuepflicht, die Interessen des Klienten *in jeder Hinsicht*, gemäss dem ausgedrückten Willen des Klienten zu wahren, vor. Das Selbstbestimmungsrecht des Klienten setzt dem Anwalt in seiner freien Berufstätigkeit hiermit eine Grenze.

Anders liegt der Fall, wenn die Vorschriften des Klienten "demonstrativer"⁶⁹ d.h. fakultativer Natur sind, was beim Anwaltsvertrag auch die Regel ist⁷⁰. Solche Weisungen sind nur als allgemeine Wegleitung gedacht⁷¹.

Betonen wir noch einmal, dass der Anwalt seinem Klienten Beistand und Treue schuldet, nicht aber Gefolgschaft. Er trägt weit mehr Verantwortung als ein "einfacher" Beauftragter i.S. von Art. 394 ff. OR. Er ist nicht Diener seines Klienten. Als Fachmann obliegt ihm die Entscheidung darüber, welche Handlungen vorzunehmen sind, welche Argumente geltend gemacht werden müssen, welche Mittel zulässig und vorteilhaft sind. "Er leistet keine juristischen Automaten- oder Mechanikerarbeiten"⁷² und schuldet seinem Klienten nur "denkenden Gehorsam"⁷³. Sein Verantwortungsbewusstsein darf sich nicht auf sein privatrechtliches Mandat beschränken. Verantwortung trägt der Anwalt auch gegenüber dem Recht und der Gerechtigkeit, dem öffentlichen Interesse, den Gerichten, seinem Berufsstande und seinen Berufskollegen. Die Cour Civile du Tribunal Cantonal Vaudois hat die Rolle und Sendung des Rechtsanwaltes sehr treffend umschrieben⁷⁴: le rôle et la mission de l'avocat "... est avant tout de conseiller et d'éclairer le mandant, et non de lui obéir aveuglement"⁷⁵.

Ein gerechtfertigtes Abweichen von Instruktionen sieht schliesslich das Gesetz selber vor, wenn die Einholung einer Erlaubnis nicht möglich oder nicht tunlich ist, wenn der Rechtsanwalt unter veränderten Umständen, z.B. während einer Verhandlung unerwartet und rasch handeln muss und wenn überdies, als zweite Voraussetzung, anzunehmen ist, der Klient würde bei Kenntnis der Sachlage eine Abweichung angeordnet oder gestattet haben.

68 Vgl. aber Zürcher 208 und Wegmann 152, was die öffentlichrechtlichen Berufspflichten anbelangt: Er sieht es als Pflicht des Anwalts eine unzweckmässige oder überholte Anweisung des Klienten zu missachten.

69 Kellerhals 118.

70 Imperative Weisungen sind nur ausnahmsweise anzutreffen. Vgl. Becker ad OR 397, 542/3, Kellerhals 118.

71 Vgl. Kellerhals 119, und entsprechend formulierte Vollmachten der verschiedenen Anwaltsvereine.

72 Gmür 101.

73 Vgl. Kellerhals 120.

74 SJZ 41 Nr. 63.

75 Vgl. auch SJZ 59 Nr. 164: "Die Sorgfaltspflicht mit ihrem zwingend geregelten Sorgfalts-mass gebietet namentlich dem sachverständigen Beauftragten, jede Ausführungsweisung des unsachverständigen Auftraggebers auf ihre Zweckmässigkeit bei der Erreichung des Auf-

Zusammenfassend besteht für den Rechtsanwalt grundsätzlich die Pflicht, klare Vorschriften seines Klienten zu befolgen, soweit deren Ausführung nicht gegen allgemeine Rechtsnormen oder gegen das Berufsrecht verstösst, sie nicht eindeutig unzumutbar sind, oder nicht schon im Sinne des Gesetzes eine Abweichung gerechtfertigt ist.

Bei wegleitenden Instruktionen ist der Anwalt als Fachmann nicht verpflichtet nutzlose oder unzumutbare Instruktionen seines Klienten zu befolgen. Insbesondere was seine forensische Tätigkeit anbetrifft, kann er in der Regel selbständig und unter eigener Verantwortung die geeigneten Verfahren wählen und die Art und Weise der Durchführung eines Prozesses bestimmen⁷⁶.

tragsresultat zu prüfen und die Ausführung als unzumutbar erkannter Ausführungsweisen womöglich zu verhindern."

76 Vgl. SJ 1936, 96: "L'avocat, maître du procès sous sa responsabilité, n'est tenu de suivre aux instructions de son client que s'il l'estime nécessaire à la défense des intérêts qui lui sont confiés." Ferner SJZ 41 Nr. 63: "Le recourant fait encore grief à l'avocat intimé de ne pas avoir immédiatement ouvert action alors que ce dernier avait reçu un ordre formel d'agir en justice. Mais cet argument du recourant, loin de justifier ses conclusions, témoigne au contraire d'une méconnaissance complète du rôle et de la mission de l'avocat, qui est avant tout de conseiller et d'éclairer le mandant, et non de lui obéir aveuglement."

Und zusammenfassend ein Urteil über die Verantwortlichkeit des Anwaltes, der für seinen Klienten Vergleichsverhandlungen führt: BGE 91 II 438 ff.: "Conduisant pour le compte de son client des pourparlers transactionnels, le recourant agissait en exécution d'un mandat. En vertu de l'art. 397 al. 1 CO, le mandataire qui a reçu des instructions précises ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisée s'il avait été au courant de la situation.

Sans doute, un avocat peut refuser certaines instructions précises en vue de la conduite d'un procès et choisir seul, en principe, les voies à suivre et les moyens, les faits à alléguer et l'argumentation juridique. En revanche, la transaction est un acte de disposition par lequel chaque partie renonce à un droit, ou du moins à son exercice, contre la promesse d'un avantage ... Partant, c'est au disposant lui-même à décider à quelles conditions il transigera. En conséquence, la nature et l'objet du mandat conféré au recourant ne sauraient justifier aucune exception à la règle claire de l'art. 397 al. 1 CO ...

Le recourant devait donc reconnaître l'importance de la divergence. Il n'avait dès lors pas le droit de disposer au nom de l'intimé en retirant la plainte à des conditions essentiellement différentes de celles qui lui avaient été indiquées. S'il était convaincu que la transaction servait le mieux les intérêts de son client, il devait éclairer celui-ci et le conseiller, non disposer sans son consentement. Il ne saurait se disculper qu'autant que les circonstances ne lui permettaient pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il avait lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisée s'il avait été au courant de la situation (art. 397 al. 1 CO). Mais l'arrêt déferé constate qu'il n'y avait pas urgence et le recourant n'allègue ni ne prouve aucune circonstance précise qui dût l'empêcher de soumettre à l'intimé les propositions nouvelles.

C'est donc à bon droit que la Cour cantonale admet qu'en retirant la plainte pénale au nom de l'intimé, le recourant a enfreint les instructions reçues et a excédé ses pouvoirs."

Aus dem Weisungsrecht des Klienten folgt die *Orientierungspflicht des Rechtsanwalts*:

Oft sind die Anordnungen des Klienten nur Folge der Aufklärung und Ratschläge seines Anwalts. Nur eine genaue Kenntnis der Sach- und Rechtslage gibt dem Klienten die Möglichkeit, sich seiner Rechte und Mittel bewusst zu werden und nützliche Instruktionen zu geben. Der Rechtsanwalt hat somit die Pflicht, seinen Klienten umfassend und erschöpfend zu belehren und zu beraten, von sich aus, auch ohne besondere Anfrage, über den Stand der Angelegenheit zu informieren, veränderte Umstände sofort zu melden und eventuell neue Instruktionen zu verlangen, Entscheide und wichtige Akten des Gerichts oder einer administrativen Behörde weiterzuleiten und ihm grundsätzlich Kopien von Rechtsschriften und Korrespondenzen zu schicken^{77, 78}.

Der Umfang der Aufklärungspflicht ergibt sich aufgrund der Eigenkenntnisse des Klienten, seines Bildungsgrades, seiner beruflichen Stellung, seiner Auffassungsgabe usw. Erkennbare rechtliche oder faktische Interessen des Klienten muss der Anwalt berücksichtigen.

Als letztes lässt sich noch aus der gesetzlichen Bestimmung von OR 397 eine *selbständige Informationspflicht* im Sinne einer beschränkten Überprüfungspflicht des Anwalts ableiten:

Im Bewusstsein, dass die Auskünfte seines Klienten regelmässig subjektiv gefärbt sein werden, gestützt auf die einseitige Betrachtungsweise einer Situation, hat der Rechtsanwalt objektiv und kritisch die Äusserungen seines Klienten anzuhören und nötigenfalls durch zusätzliche Fragen und selbständige Nachforschungen sich ein möglichst klares Bild der konkreten Umstände zu verschaffen. Als Fachmann und Vertreter einer voreingenommenen Partei ist er besser in der Lage alle Abklärungsmöglichkeiten auszuschöpfen. Ein Prozess kann nur auf Grund einer wirklichkeitsnahen Darstellung der Tatbestände sorgfältig und erfolgsversprechend geführt werden.

Grundsätzlich jedoch kann sich der Anwalt auf die Informationen seines Klienten verlassen. Ihm stehen ja auch keine Machtmittel zur Verfügung, um auf seinen Klienten Druck auszuüben und auf diese Art der Wahrheit näher kommen zu können.

Auch an diese Pflicht des Anwalts darf somit nicht ein allgemein gültiger, strenger Massstab angelegt werden. Der Umfang der selbständigen Informationspflicht kann sich nur konkret, auf einen einzelnen Fall bezogen ableiten lassen⁷⁹.

77 Vgl. Wegmann 217/8 und zahlreiche zit. Judikatur.

78 Vgl. SJZ 57, 81: "Der Rechtsanwalt hat seinen Klienten auf Grund seiner speziellen Kenntnisse über die Möglichkeiten rechtlichen und praktischen Vorgehens zu orientieren, darf dagegen rechtliche Schritte von grösserer Tragweite nicht von sich aus, sondern nur im Einverständnis mit dem Klienten vornehmen."

Ferner SJZ 59 Nr. 164: "Die Zustimmung der Klägerin zum Vorgehen des Beklagten könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn erwiesen wäre, dass der Beklagte die Klägerin über alle Aspekte des geplanten Vorgehens richtig orientiert hat, und dass die Klägerin dann trotz allen Bedenken zugestimmt hat."

79 Dazu ein Urteil aus St. Gallen, Gerichts- und Verwaltungspraxis 1958, Nr. 17, 40 ff.

cccc) Rechenschaftsablegung, Aufbewahrung und Herausgabe

Art. 400 OR behandelt die Pflicht zur Rechenschaftsablegung durch den Beauftragten und zur Herausgabe all dessen, was ihm infolge der Ausführung des Auftrages vom Auftraggeber anvertraut wurde oder sonstwie zugekommen ist⁸⁰.

Diese Herausgabepflicht beinhaltet vorerst die Pflicht zur sorgfältigen Aufbewahrung. Nur so ist der Beauftragte in der Lage, jederzeit auf erstes Verlangen seinem Auftraggeber Akten oder Wertsachen zur Verfügung stellen zu können. Ausserdem ermöglicht nur eine geordnete Aufbewahrung der Dokumente, Belege und Korrespondenzen dem Rechtsanwalt, sein Mandat sorgfältig und zweckmässig auszuführen und anschliessend Rechenschaft abzulegen. Dazu kommt, dass diese Akten einen hohen Beweiswert haben und von grösster Wichtigkeit sind, sollten Differenzen zwischen Anwalt und Klient auftreten⁸¹.

Im Rahmen der Herausgabepflicht⁸² stellt sich die Frage, welche Akten auslieferungspflichtig sind. Sicher gehören dazu alle anvertrauten Dokumente, d.h. Akten, welche der Klient dem Rechtsanwalt übergeben hat oder welche dem Anwalt in seiner Eigenschaft als Vertreter des Auftraggebers zugekommen sind, wie etwa Urteile, Verfügungen, Gutachten usw.⁸³. Nicht ablieferungspflichtig sind die sog. Handakten des Rechtsanwaltes, d.h. Korrespondenzen zwischen dem Anwalt und dem Klienten, persönliche Notizen oder Entwürfe.

Das gesetzliche Retentionsrecht gemäss Art. 895 (in Verbindung mit Art. 896 Abs. 1) ZGB steht dem Anwalt zwar zu, doch haben die Akten in der Regel an sich keinen Vermögenswert; eine Verwertung wird kaum je möglich sein. Grundsätzlich hat somit der Rechtsanwalt kein Zurückhalterecht an den Akten⁸⁴.

ccc) Niederlegung des Mandates

Der Rechtsanwalt (oder der Klient) kann gemäss Art. 404 Abs. 1 OR das Mandat jederzeit niederlegen. Von Gesetzes wegen muss er nicht einmal wichtige Gründe angeben⁸⁵. Die Vertragsauflösung soll allerdings rechtzeitig und ausdrücklich dem Klienten mitgeteilt werden, bei rechtshängigen Prozessen oder administrativen An-

80 Vgl. auch kant. Anwaltsgesetze, z.B. ZH § 12 Abs. 1, kant. Standesregeln, Richtlinien SAV Ziff. 12.

81 Er ist verpflichtet, die Akten während 10 Jahren aufzubewahren. Gemäss Art. 127 OR verjähren die vertraglichen Ansprüche des Klienten nach Ablauf von 10 Jahren seit der schädlichen Handlung, spätestens seit der Beendigung des Mandates, BGE 87 II 160.

82 Der dingliche Herausgabeanspruch des Klienten ist unverjährbar (ZGB 641). Noch vorhandene Akten muss der Anwalt auch nach Ablauf von 10 Jahren herausgeben. Vgl. Vollmachtsformulare der verschiedenen Kantone.

83 Vgl. Wegmann 201, Kellerhals 36/7.

84 ZGB 896 Abs. 1: An Sachen, deren Natur eine Verwertung nicht zulässt, kann das Retentionsrecht nicht ausgeübt werden.

85 Wie etwa mangelndes Vertrauen, Verschlechterung der Beziehungen zwischen Anwalt und Klient oder Beharren des Klienten auf unmöglichen oder unnützlichen Instruktionen.

gelegenheiten soll auch das Gericht bzw. die zuständige administrative Behörde informiert werden. Art. 404 Abs. 2 OR verurteilt jedoch eine Mandatsniederlegung zu Unzeit, z.B. kurz vor einem Termin oder einer Verhandlung oder unmittelbar vor Ablauf einer Frist. Die Treuepflicht verlangt auch hier, dass die Wahrung der Interessen des Klienten, z.B. durch einen rechtzeitig und gut informierten Kollegen, gesichert ist.

ee) *Pflichten nach Erlöschen des Mandats*

Die Geheimhaltungspflicht und, etwas abgeschwächt⁸⁶, das Verbot der Interessenkollision dauern auch nach Beendigung des Mandates fort, ebenso die Rechenschaftsablegungs- und Herausgabepflicht.

Dazu kommt die in Art. 405 Abs. 2 geforderte Fortführungspflicht der Geschäfte "bis der Auftraggeber, sein Erbe oder Vertreter in der Lage ist, es selbst zu tun". Dies beinhaltet z.B. auch die Pflicht des Anwaltes, ihm fernerhin zugestellte Mitteilungen oder prozessuale Akten unverzüglich seinem ehemaligen Klienten weiterzuleiten, ohne dabei jedoch weiter für ihn tätig werden zu dürfen⁸⁷.

ff) *Sorgfaltspflicht des Rechtsanwaltes*

Der Beauftragte hat für jene objektive Sorgfalt einzustehen, welche von einer Person seiner Stellung zu erwarten und ihm billigerweise zumutbar ist.

Der Anwalt hat so zu leisten, wie es von ihm als Fachmann, objektiv, gefordert werden darf. Mit der Annahme des Mandats sichert er seinem Klienten konkludent zu, der ihm übertragenen Aufgabe gewachsen zu sein. Je schwieriger diese Aufgabe, desto strenger werden die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht:

Das gesetzlich geforderte Mass der Sorgfalt bemisst sich demnach grundsätzlich nach objektiven Kriterien. Verlangt wird ein Durchschnittsverhalten, gemessen an Personen der gleichen Berufsgruppe, welche sich in einer gleichen Situation befinden. Massgebend sind auch die Natur und der Schwierigkeitsgrad des Auftrages und die zu dessen Ausführung erforderlichen Fachkenntnisse. Dazu kommt, dass "die Natur des Anwaltsvertrages ... vom Anwalt, mit Rücksicht auf seine Vertrauensstellung, ganz besondere Zuverlässigkeit" erwartet⁸⁸.

Die Objektivierung des Sorgfaltsmasses wird abgeschwächt durch die gesetzliche Umschreibung der erforderlichen Sorgfalt im Arbeitsrecht (Art. 321e Abs. 2 OR), welche durch den Verweis in Art. 398 Abs. 1 OR auch für den einfachen Auftrag

⁸⁶ Ermessensfrage, es wird von Fall zu Fall zu entscheiden sein, vgl. Renold 218/9, Wegmann 193 f.

⁸⁷ Vgl. Wegmann 187, Kellerhals 139.

⁸⁸ Kellerhals 67

Geltung hat. Somit bestimmt sich das Mass der Sorgfalt, für die der Beauftragte einzustehen hat, nach dem konkreten Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Beauftragten, die der Auftraggeber gekannt hat oder hätte kennen sollen.

Ein Auftraggeber, welcher einer Person eine schwierige Aufgabe anvertraut, wissend, dass dieser die nötigen Spezialkenntnisse und konkreten Fähigkeiten fehlen, akzeptiert die daraus folgenden Risiken⁸⁹.

Diese gesetzlich sanktionierte subjektive Komponente darf nicht als Subjektivierung der Sorgfaltspflicht verstanden werden. Der Rechtsanwalt wird sich nicht auf persönliche Eigenschaften wie mangelnde Kenntnisse, Überlastung, Abwesenheit, Krankheit, Alter usw. für die Bemessung des von ihm erwarteten Sorgfaltsmasses berufen können⁹⁰. Der subjektive Faktor betrifft nur eine – allenfalls fachlich spezialisierte – Berufsstellung und Ausbildung des Rechtsanwaltes. Es gibt somit – allerdings beschränkt⁹¹ – auch innerhalb der gleichen Berufsgruppe gewisse unterschiedliche “Durchschnittsverhalten” je nach Grad der Spezialisierung, man denke etwa an einen Steuerrechtsspezialisten, an einen Fachmann im Immaterialgüterrecht oder Internationalen Privatrecht⁹².

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Anwalt als berufener, ausgebildeter Fachmann der objektiv zu erwartenden – und nicht der rein subjektiv erfüllbaren – Sorgfaltspflicht genügen muss, wobei diejenige Sorgfalt gefordert wird, welche von einem gewissenhaften, pflichtgetreuen und ordentlichen Durchschnittsanwalt, unter Berücksichtigung seiner fachlichen Stellung und Ausbildung, in einer konkreten Situation erwartet werden darf.

Gründliche, gewissenhafte, umsichtige und kundige Ausführung des Mandats ist grundsätzliches Erfordernis der sorgfältigen Vertragserfüllung. Bei Überlastung oder mangelnden Kenntnissen in einem Spezialgebiet⁹³ soll der Anwalt den Auftrag nicht übernehmen. Ungenügende Fortbildung oder unsorgfältige Orientierung über den Fortschritt der Wissenschaft, vor allem der Gesetze und der Rechtsprechung, können unentschuld bare Pflichtverletzungen zur Folge haben. Unnötige, zwecklose Vorkehrungen hat der Rechtsanwalt zu unterlassen. Ungerechtfertigte Geschäftsverzögerungen sind zu vermeiden. Soll ein Prozess angehoben werden, hat der Anwalt vorerst die Erfolgchancen zu prüfen, um allenfalls dem Klienten davon abzuraten. Er ist verpflichtet, von seinem Klienten alle nötigen Informationen zu verlangen, die Sachlage genauestens zu untersuchen und jede Änderung der

89 Eine Schadenersatzklage würde möglicherweise durch den Richter wegen Mitverschuldens (OR 43/44) reduziert.

90 Dies wird er allenfalls im Rahmen der Untersuchung seines Verschuldens vorbringen können, siehe hinten 52 ff.

91 Vgl. weitergehend in dieser Subjektivierung die Sorgfaltspflicht der Ärzte BGE 64 II 207.

92 Vgl. aber Kellerhals 69/70.

93 Es sei denn, der Rechtsanwalt habe Zeit und Möglichkeit, sich diese Kenntnisse rechtzeitig anzueignen.

Umstände zu berücksichtigen. Nur eine sorgfältige Vorbereitung und genaue Kenntnisse der prozessualen Vorschriften ermöglichen eine beförderliche, richtige Durchführung der Prozesshandlungen. Auf Fristversäumnisse gehen weitaus die häufigsten Haftpflichtstreitigkeiten zurück. Das zeigt, dass "intellektuelles" Fachwissen allein nicht genügt, dass eine "technische" Organisation und geordnete Büroverhältnisse ebenso sehr Teil der anwältlichen Sorgfaltspflicht sind.

Welches sind nun – etwas detaillierter – diese Sorgfaltspflichten in den verschiedenen Bereichen der Anwaltstätigkeit?⁹⁴

gg) *"Technische Kunstfertigkeit, Handwerkzeug"*

Wie bereits betont wurde, liegt die typische Anwaltstätigkeit im Forensischen; der Anwalt ist "Herr des Prozesses". So hat er denn auch die Regeln der Gerichtsverfahren zu kennen und strikte zu befolgen. Diese formellen Prozessbestimmungen kann er und soll er beherrschen, sie gehören zu seinem eigentlichen Handwerkzeug. Fehler, auch nur blosser Versäumnisse auf diesem Gebiet haben eine strenge Haftung zur Folge. Fristversäumnisse, falsche Klagebegehren, Einreichen einer Schrift bei der unzuständigen Behörde usw. verdienen grundsätzlich keine Nachsicht^{95,96}.

aaa) *Häufigster Klagegrund: Fristversäumnis*

In den weitaus häufigsten Haftpflichtprozessen gegen Rechtsanwälte wird dem Beklagten vorgeworfen, eine Frist verpasst, z.B. eine Verjährung nicht unterbrochen, ein Rechtsmittel nicht rechtzeitig eingelegt, einen Kostenvorschuss nicht fristgemäß einbezahlt, eine Vaterschaftsklage verspätet erhoben, ein Bauhandwerkerpfandrecht nicht eintragen lassen zu haben usw... Die Liste der möglichen Fristversäumnisse ist äusserst vielfältig. Ebenso können die Gründe, mit welchen sich der beklagte Anwalt – meist ohne Erfolg – zu exkulpieren versucht, verschiedener Natur sein, vom einfachen Vergessen oder einem Kanzleifehler bis zur formell- oder materiellrechtlichen Fehlüberlegung, z.B. Einreichen einer Rechtsschrift bei der unzuständigen Behörde, Missachtung von Berufungsdilizenzen vor Bundesgericht usw. Mit diesem Fragenkomplex hat sich Pierre Renold eingehend befasst. Auf ihn sei verwiesen⁹⁷. Eine ausführliche Kasuistik erübrigt sich hier umso mehr, als die Verschuldensfrage kaum je Probleme aufwirft, das Verschulden wird grundsätzlich bejaht. Ausserdem kann in gewissen Fällen unverschuldeter Versäumnis

94 Vgl. umfassende Darstellung bei Kellerhals 67–123.

95 Vgl. Keller 356.

96 Vgl. auch SJ 1979, 417: Le Tribunal a "jugé avec raison qu'il existe une responsabilité stricte de l'avocat pour ses fautes ... de procédure comme par exemple celle qui consiste à n'avoir pas observé un délai."

97 Renold 251 ff.

mit Erfolg eine Fristenwiederherstellung verlangt werden. Die klare Stellungnahme der Gerichte soll folglich nur kurz anhand einiger Beispiele dargelegt werden:

aaaa) Kanzleiorganisation

Der Anwalt hat seine Kanzlei so zu organisieren und zu führen, dass Fristen auch während seiner Abwesenheit eingehalten werden. Auch ein Übermass an Arbeit, ein Zeitmangel oder der Schwierigkeitsgrad der Redaktion einer Rechtsschrift vermögen eine Fristversäumnis nicht zu entschuldigen. Der Anwalt darf die Abwicklung seiner Geschäfte nicht dem Zufall überlassen, er hat ein Fristenbuch zu führen und sein Kanzleipersonal allgemein und nötigenfalls für einen konkreten Fall noch speziell gut und deutlich zu instruieren⁹⁸.

bbbb) Wiederherstellung einer Frist

Möglicherweise lassen sich die Folgen eines Verfahrensfehlers durch den Rechtsbehelf der in den kantonalen Prozessordnungen vorgesehenen Wiederherstellung (Restitution, Wiedereinsetzung etc.) einer Frist vermeiden. Trotz kantonaler Unterschiede lässt sich grundsätzlich sagen, dass einem Wiederherstellungsgesuch nur stattgegeben wird, wenn der Gesuchsteller unverschuldet, z.B. wegen plötzlicher schwerer Krankheit oder wegen eines Versehens des Gerichtes usw., nicht termingerecht gehandelt hat⁹⁹.

cccc) Fristenkontrolle

Der Anwalt darf sich nicht ohne weiteres auf sein, auch gut instruiertes und zuverlässiges Personal verlassen. Er hat die seinen Angestellten erteilten Aufträge mit der gebotenen Sorgfalt zu überwachen. Dazu gehört primär eine geeignete, tägliche Fristenkontrolle, welche auch während seiner Abwesenheit gesichert sein muss¹⁰⁰.

⁹⁸ Vgl. BGE 99 II 352; SJ 1962, 151.

⁹⁹ Vgl. BGE 51 II 451; SJ 1962, 151.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 90 I 55; weitere Entscheide: BGE 99 II 121; 85 II 46 ff.; 83 II 254; 78 IV 131; 63 II 422; 60 II 352; SJ 1960, 145 ss. Ferner: SJZ 75, 179; 44, 148; usw.

bbb) Geschäftsverschleppung und andere formell unsorgfältige Geschäftsausübung

Unaufmerksamkeit eines Anwalts, einer seiner Hilfspersonen oder Mitarbeiter wurde von der Versicherung z.B. in folgenden Fällen als haftungsbegründendes Verschulden beurteilt¹⁰¹:

Von seinem Klienten beauftragt, Arbeitsbewilligungen für die in seinem Restaurant benötigten Köche einzuholen, richtete der Anwalt die Gesuche, nicht eingeschrieben, an die unzuständige Behörde, ohne sich anschliessend weiter um die Angelegenheit zu kümmern. Erst nach zahlreichen Anfragen seines Klienten bemerkte er seinen Fehler. Die Genehmigungen kamen schliesslich mit vier Monaten Verspätung. Während dieser Zeit blieb das Restaurant geschlossen, weil der Klient keine anderen Köche finden konnte. Das Verschulden wurde bejaht; der Versicherer bezahlte den entstandenen Schaden.

Nach einer Scheidung wird vereinbart, dass der Vater die Unterhaltbeiträge für die Tochter der Klientin des Anwalts diesem letzteren regelmässig überweisen soll. Der Anwalt lässt diese Beiträge anschliessend seiner Klientin zukommen. Irrtümlicherweise schickt die Sekretärin des Anwalts die ersten Beiträge an die Adresse des ehemaligen ehelichen Wohnsitzes. Der Vater des früheren Ehemannes schickt zwar das Geld an die Post zurück, dort jedoch bleibt diese Zahlung unauffindbar. Auch hier wurde das Verschulden bejaht. Die Angelegenheit blieb aber ohne Folgen, der Betrag konnte schliesslich rückerstattet werden.

Ein Praktikant eines Anwaltes, welcher sich für ein grosses Plädoyer vorbereitet, verteilt sein gesamtes Dossier zum Teil auf seinem Pult, zum Teil auch am Boden. Abends kommt die Putzfrau, welche alle am Boden liegenden Dokumente in den Abfall wirft, welcher noch am selben Abend von den Kübelmännern abgeholt wird. Darunter befinden sich einige umstrittene Beweisdokumente. Über das Verschulden bestand kein Zweifel, aber dank dem Entgegenkommen der Gegenpartei konnte das Dossier wiederhergestellt und die Angelegenheit geregelt werden¹⁰².

ccc) Fehlerhafte Abfassung von Verträgen oder anderen rechtsrelevanten Dokumenten

Verschiedentlich verlangt das Gesetz für die Verfassung gewisser Verträge oder anderer Dokumente die einfache oder qualifizierte Schriftform. Auch diese Bestimmungen gehören zum Handwerkzeug des Anwalts. Bedarf z.B. ein Vertrag zu seiner Gültigkeit der öffentlichen Beurkundung, so haftet der Anwalt seinem Klienten für die Folgen der Nichtigkeit des lediglich in Schriftform niedergelegten Vertrages. Ebenso eindeutig wie bei einem solchen Formfehler im engeren Sinne, haftet der Anwalt bei falscher oder ungenauer Redaktion von Verträgen oder anderen Dokumenten, beispielsweise bei folgenden von der Versicherung aussergerichtlich geregelten Fällen:

101 Bei solchen Fehlern ist das Verschulden sozusagen immer eindeutig gegeben, der Versicherer begleicht den Schaden, zu einer Klage vor Gericht kommt es höchst selten.

102 Vgl. dazu zahlreiche Urteile der Disziplinarbehörden, z.B. Aufsichtskommission in Zürich, vgl. Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (ZR). Die Kompetenz der Aufsichtskommission ist beschränkt auf die Kontrolle der Berufsausübung i.S. vom Anwaltsgesetz, vgl. § 21 AG Zürich. Ein Verweis der Aufsichtskommission kann in gewissen Fällen den Klienten dazu motivieren auch zivilrechtlich beim ordentlichen Richter Klage zu erheben. Eine Klage wegen einem "Kunstfehler" wird die Aufsichtskommission abweisen, möglicherweise jedoch mit dem Hinweis, dass es Sache des ordentlichen Richters ist, die Frage nach der fachlichen Kompetenz des Anwalts zu beantworten. Vgl. dazu z.B. ZR 53 Nr. 176; 49 Nr. 42.

Eine falsche Formulierung in einem vom Anwalt für seinen Klienten verfassten Mietvertrag ermöglicht es dem Vermieter den Vertrag zu kündigen, obwohl der Klient, der Mieter, nur an einem langfristigen Vertrag interessiert war und seinen Anwalt auch dementsprechend instruiert hatte.

Im folgenden ging es um eine Vermögensabtretung. Ein Teil dieses Vermögens bestand aus GmbH-Anteilen. Der Anwalt übersah, dass es zu deren Abtretung der öffentlichen Beurkundung bedarf. Das Geschäft wurde nichtig erklärt. Der Klient macht eine Schadenersatzforderung von vier bis fünf Millionen Franken geltend¹⁰³!

Als Willensvollstrecker eines sehr umfangreichen Nachlasses war der Anwalt unter anderem beauftragt, die steuerrechtlichen Angelegenheiten zu regeln. Gewisse Aktiven englischen Ursprungs wurden irrtümlicherweise einmal in englischen Pfunden und dann nochmals in Schweizer Franken in der Steuererklärung deklariert. Die Steuern wurden aufgrund dieses überbewerteten Vermögens berechnet und bezahlt. Der irrtümlich bezahlte Betrag konnte infolge Verjährung nicht mehr zurückverlangt werden.

In einem Bauprozess vertrat der Anwalt die Stockwerkeigentümer, welche Sachgewährleistungsansprüche geltend machten. Aufgrund einer unsorgfältigen, nicht detaillierten und spezifizierten Aufstellung der verschiedenen Schadensposten schätzten die Fachschiedsrichter den Minderwert wesentlich tiefer ein, als der von den Klägern geforderte Betrag. Die Klienten werfen dem Anwalt vor, die einzelnen Schäden nicht mit den dazugehörenden Rechnungen spezifiziert und somit die Klage nicht genügend substantiiert zu haben.

hh) Fachliche Kompetenz des Anwalts

Es wurde bereits vorne darauf hingewiesen, dass den Anwalt nur dann ein Vorwurf treffen kann, wenn die Art und Weise seiner Auftragserfüllung nicht dem Wissen, Können und Handeln eines "durchschnittlichen" Anwalts entspricht. Erst wenn er durch Unwissenheit, Ungeschicklichkeit oder Nachlässigkeit über anerkannte rechtliche Grundlagen strauchelt, oder durch nicht vertretbares Vorgehen bzw. unangebrachte Wagnisse dem Klienten Schaden zufügt, wird er haftbar.

Die psychischen und oft auch physischen Anforderungen an den Anwalt sind gross, oft sieht er sich gezwungen unerwartet und in Eile Entscheidungen zu treffen, unter Zeitdruck Schriften verfassen oder einen Klienten beraten zu müssen. Solche tägliche Situationen erklären oft die Fehler oder Versehen, welche ihm unterlaufen können, und diese sind zahlreich: Ungenügende Kenntnis der Tatsachen oder des anwendbaren Rechts, falsche Beurteilung der Sach- bzw. Rechtslage, fehlerhafte Wahl der Verteidigungsmittel, unzweckmässige Argumentation usw. Wenn solche "Sorgfaltspflichtverletzungen" auch verständlich sein können, die Folgen bleiben, und der dadurch benachteiligte Klient glaubt sich möglicherweise – zu Recht oder zu Unrecht – berechtigt, Ersatzansprüche geltend zu machen. Ob seinen Forderungen stattgegeben werden soll, bedarf jedoch einer sorgfältigen Prüfung, denn es gibt keine klare, allgemeingültige Linie, welche im Gebiete der Anwaltstätigkeit die sorgfältige Erfüllung von der Schlechterfüllung abgrenzen

103 In dieser Angelegenheit handelte es sich um eine einmalige kurze Beratung (Honorar ca. 1000. Fr.). Es stellt sich die Frage, wie umfangreich bei einem solch "kleinen" Mandat die Haftung sein kann, ob das geringe Honorar allenfalls einen Herabsetzungsgrund der Haftung des Anwalts darstellt? Vgl. dazu SIA-Normen, welche für den Architekten eine Beschränkung der Haftungshöhe vorsehen.

könnte¹⁰⁴. Massgebend ist auch die selbständige Stellung des Anwalts; als dominus litis muss ihm ein freier Spielraum gegeben sein, *er* wählt die Mittel und Wege, welche ihm am geeignetsten scheinen. Im folgenden sollen einige durch die Rechtsprechung aufgestellte Grundsätze dargelegt werden.

aaa) Unkenntnis bzw. Weiterbildungspflicht

Wir haben bereits gesehen, dass die Pflicht "sich auf dem Laufenden zu halten" nicht heissen kann, dass der Anwalt alle Lehrmeinungen und die gesamte Rechtsprechung sofort nach ihrer Veröffentlichung kennen muss. Er hat jedoch die Aufgabe, sich fehlende allgemeine Rechtskenntnisse zu verschaffen, die Evolution dessen, was ihm bereits geläufig ist zu verfolgen und insbesondere die Fachkenntnisse in seinem allfälligen Spezialgebiet dauernd zu vertiefen. Schliesslich muss er sich in einer ihm unterbreiteten Angelegenheit die fallspezifische Gesetzeskenntnis auch an Hand von Literatur und Rechtsprechung aneignen. Je spezialisierter sich der Anwalt in einem Gebiet zu erkennen gibt, desto grösser sind auch die Anforderungen an seine Fachkenntnisse und an seine Sorgfalt ganz allgemein^{105, 106}.

*bbb) Nichterkennen eines Rechtsproblems
Nichtberücksichtigung ausländischen Rechts*

Eine weitere Gefahr für den Anwalt bergen die – für unsere Zeit der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung typischen – komplexen und vielumfassenden Fragen. Ein vor allem für gesellschaftsrechtliche Probleme zuständiger Anwalt zum Beispiel kann leicht die steuerrechtlichen Folgen einer Gesellschaftsgründung übersehen. Der Klient sieht dann nur die Vorteile seiner Unternehmungen und wickelt Geschäfte ab, welche er, hätte er alle Konsequenzen gekannt, nicht oder anders ausgeführt hätte.

104 Untersucht wird hier die Frage nach der Erfüllung bzw. Verletzung der Sorgfaltspflicht. Das subjektive Element, d.h. das Verschulden wird vorerst nicht berücksichtigt.

105 Vergleiche die Kausalhaftungen bzw. die Gefährdungshaftungen. Der Anwalt haftet nicht kausal, aber die Frage kann sich stellen und hat sich auch gestellt, ob der Umstand, dass er auf einem Gebiet mit erhöhten Risiken tätig wird, die Einführung einer Kausalhaftung rechtfertigen würde. Persönlich schiene mir ein solcher Zustand (schon nur aus versicherungstechnischen Gründen) unhaltbar. Die Tätigkeit des Anwalts an sich stellt a priori ja keineswegs eine Gefahr dar (i.S. der in den Spezialgesetzen geregelten Gefährdungstatbeständen); im Gegenteil, es ist eine Hilfeleistung.

106 Siehe dazu auch vorne 14 ff. Vgl. ferner BGE 50 II 49/50; SJ 1936, 535/536; JT 1944 I 250: "L'homme de loi ne saurait être tenu de connaître toutes les décisions juridictionnelles dès leur publication. Mais on peut exiger qu'il se tienne au courant de la jurisprudence et connaisse au bout d'un délai raisonnable (quelques semaines ou au plus quelques mois) les décisions publiées dans les Recueils officiels ou dans les revues de jurisprudence de son canton et qui tranchent des questions importantes relatives aux actes professionnels qu'il doit accomplir de manière courante."

Das Unterlassen einer genauen Prüfung der Tatsachen oder das Übersehen von gesetzlichen Bestimmungen oder möglichen und notwendigen Massnahmen hat in zahlreichen Fällen zur Haftung des Anwalts geführt.

So wurde z.B. einem Anwalt vorgeworfen, den Klienten nicht auf die lex Furgler aufmerksam gemacht und dennoch alle Schritte unternommen zu haben, um eine Liegenschaft für seinen ausländischen Klienten zu erwerben, obwohl es diesem klar sein musste, dass es ein unnötiges und kostspieliges Unterfangen war, welches gezwungenermassen erfolglos sein würde. Er habe dadurch die elementarsten Regeln der Berufsausübung durch einen vernünftigen, vorsichtigen Anwalt verletzt.

Ebenso schuldhaft handelte ein Anwalt, welcher bei einer Fondgründung mitwirkte und zu spät darauf hinwies, dass nach dem neuen Anlagefondgesetz gewisse Voraussetzungen bei der Gründung erfüllt sein mussten. Diese Bedingungen wurden deshalb nicht eingehalten und die Bewilligung nachträglich wieder entzogen. Die Versicherung hat zwar das Verschulden bejaht, die Zahlung jedoch verweigert, weil der Klient, eine Grossbank, das Gesetz kannte und über die Gründungsbestimmungen Bescheid wusste.

Nichtberücksichtigung ausländischen Rechts und damit Haftung des Anwalts wegen Nichterkennen eines internationalrechtlichen Problems ergaben sich in folgenden Fällen:

Ein amerikanischer Bürger beauftragte seinen schweizerischen Anwalt, ihn bei der Redaktion seines Testamentes zu beraten. Sein gesamtes Vermögen soll seiner Ehefrau zukommen. Nach dem Ableben des Erblassers, bei der Eröffnung des Testamentes, forderte die Schwester des Verstorbenen den ihr nach amerikanischem Recht zukommenden Pflichtteil von 3/16 ein. Die Frau des Erblassers ihrerseits macht Schadenersatzansprüche gegen den Anwalt geltend mit der Begründung, dieser habe es unterlassen, das allein anwendbare amerikanische Recht zu konsultieren. Gemäss diesem Recht sei es nämlich möglich, unter bestimmten Voraussetzungen und durch ein besonderes Verfahren diesen "Pflichtteil" aufzuheben. Die Versicherung anerkannte die Haftpflicht ihres Versicherungsnehmers.

In einem Scheidungsprozess plädiert der Anwalt des Ehemannes aufgrund schweizerischen Rechts, obwohl beide Parteien deutscher Nationalität sind. Gemäss deutschem Recht wäre die Vorschlagsteilung für den Ehemann viel günstiger gewesen als gemäss schweizerischem Recht, welches vom Gericht auch angewendet wurde. Der Klient wirft dem Anwalt vor, durch die Nichtberufung auf deutsches Recht, grundlegende Rechtsregeln missachtet zu haben. Ausserdem habe er, unter der falschen Annahme, das Bundesgericht überprüfe nicht, ob ausländisches Recht anwendbar sei, seinem Klienten von einer Berufung abgeraten. Das Verschulden wurde eindeutig bejaht.

ccc) Falsche Beurteilung der Rechtslage

Die Behandlung des sog. Rechtsirrtums zeigt besonders deutlich die Schwierigkeiten welche erwachsen können, wenn entschieden werden muss, ob der Anwalt seinen freien Spielraum überschritten hat und wegen Schlechterfüllung seiner Vertragspflichten zur Rechenschaft gezogen werden soll. Gewiss kann ihn dann kein Vorwurf treffen, wenn er nicht die bestmögliche Lösung einer rechtlichen Frage gewählt hat, insbesondere nicht, wenn weder die Doktrin noch die Rechtsprechung sich bisher damit beschäftigt haben. Er kann auch von der Lehre oder Rechtsprechung abweichende Überlegungen verfechten, wenn er diese mit stichhaltigen Gründen vertritt. Eine Pflichtverletzung wird nicht vorliegen, wenn er nicht aus Mangel an Fachkenntnissen oder Diligenz zu einer anschliessend durch das Gericht nicht sanktionierten Rechtsauffassung gelangt ist¹⁰⁷.

107 Bei der Beurteilung der Frage, ob die Auffassung des Anwalts vertretbar war, darf nicht ex post geprüft werden, siehe dazu hinten 50 insbes. Fn. 179.

Als grob fahrlässig jedoch beurteilte das Bundesgericht das Verhalten eines Armenanwalts, welcher die Frist für eine Vaterschaftsklage versäumt hatte, obwohl der Beklagte geltend machte, er habe in guten Treuen annehmen dürfen, die Frist laufe erst später ab. Das Bundesgericht jedoch entschied, dass er keineswegs für sicher halten durfte, dass die Gerichte seine Auffassung teilen würden, dass er bei sorgfältiger Prüfung der Lage – wie sie ihm zuzumuten war – vielmehr ernstlich mit einer gegenteiligen Entscheidung rechnen musste¹⁰⁸.

ddd) Redaktion von rechtsrelevanten Dokumenten

Der Anwalt haftet nicht nur für die Folgen der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit der durch ihn ausgefertigten Rechtsgeschäfte – sei es infolge eines Formfehlers oder der mangelhaften Vornahme der neben der Redaktion noch vorzunehmenden Formalitäten, z.B. die Eintragung in ein öffentliches Register, die Einholung einer behördlichen Bewilligung, die Zustimmung eines Dritten oder die Mitteilung an einen Dritten usw. – sondern auch für die unklare, sachlich unzutreffende, unvollständige oder nicht einheitliche Formulierung eines Vertrages oder einer Verfügung usw. Bei der Redaktion eines Vertrages zum Beispiel, muss der Anwalt Klauseln und Formulierungen vermeiden, welche Streitigkeiten zwischen den Parteien zur Folge haben können. Auch wenn er Berater nur einer der Parteien ist, muss er dennoch das allgemeine Interesse aller Beteiligten in Betracht ziehen. Jene Verträge sind gut und sorgfältig ausgefertigt, welche harmonisch sind und eindeutig die Rechte und Pflichten jeder Partei festlegen.

In einem nichtpublizierten Urteil hiess ein Bezirksgericht die Klage gegen einen Anwalt gut, welcher als Prozessvertreter der Amtsvormundschaft in einer Vaterschaftsangelegenheit tätig geworden war; dabei war es zu einem gerichtlichen Vergleich gekommen, gemäss welchem der Vater periodische Beiträge zu leisten hatte. Als das Kind etwas älter war, klagte die Mutter auf Abänderung des gerichtlichen Vergleichs gemäss aZGB 320. In letzter Instanz entschied das Bundesgericht, dass eine Abänderung nicht möglich sei, da der Vergleich keinen entspre-

108 BGE 87 II 370; vgl. auch SJZ Nr. 478; ferner drei weitere Urteile: SJ 1924, 126:

“La question ... était un problème de droit délicat et controversable. Or, à supposer établi qu'il n'ait pas choisi la solution la meilleure ... ce fait ne constituerait qu'une erreur d'appréciation sur une question au sujet de laquelle on pouvait hésiter. Dès lors, on ne saurait retenir contre lui une faute engageant sa responsabilité, les règles générales du droit et la doctrine excluant, en de pareilles circonstances, la responsabilité du mandataire ...”

JT 1978 III 114 ff.: “La jurisprudence du TF citée par Gautschi (op.cit., n. 34b art. 398 CO, pp. 398/400) démontre que l'avocat répond d'une faute de procédure. Il en va différemment en l'espèce, car le défendeur a interprété une question juridique d'une manière soutenable, même si l'on sait maintenant qu'elle était erronée ... il faut ... considérer que le défendeur n'a pas échoué dans la conduite du procès par faute, négligence ou manque de connaissances professionnelles, mais uniquement parce que, dans un domaine imprécis du droit, il a tenu un raisonnement qui n'a pas été accueilli, ce qui est très différent de l'oubli d'un délai.”

SJ 1971, 487 ff.: “Peut-on reprocher à l'intimé une faute professionnelle dans le fait de n'avoir pas interrompu une prescription que, à s'en tenir à la jurisprudence de la Cour, il était inutile d'interrompre? C'est au moins douteux.”

chenden Vorbehalt beinhalte. In der aufgrund dieses Urteils erhobenen Haftungsklage, bejahte das Gericht das Verschulden des Anwalts, welcher den Vorbehalt hatte vorsehen müssen^{109, 110}.

eee) *Prozesstaktik*

Bei der Führung von Prozessen muss dem Anwalt in bezug auf taktische Überlegungen ein weiter Ermessensspielraum offenstehen. Dies heisst nun nicht, dass dieser für alle Prozesshandlungen grundsätzlich frei von Haftung bleiben wird; sein Ermessensspielraum findet seine Grenze auch hier in der Pflicht, den übernommenen Auftrag gewissenhaft und sorgfältig zu erfüllen. Wie auch beim Vorwurf des "Rechtsirrtums" bedarf es bei "Kunstfehlern" solcher Art einer besonders sorgfältigen, fallbezogenen Analyse der Umstände¹¹¹. Eine weitere Grenze des freien Ermessens des Anwalts ist der Grundsatz des "sicheren Weges". In der Regel wird der Anwalt nach einer aufmerksamen und gewissenhaften Prüfung einer umstrittenen oder zweideutigen Rechtsfrage, diejenige Rechtsansicht vertreten, welche den verschiedenen Rechtsmeinungen bestmöglichst Rechnung trägt und am ehesten erfolgsversprechend scheint¹¹².

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Anwalt, welcher sich gründlich mit einem Fall auseinandergesetzt hat, am besten in der Lage ist zu beurteilen, welches prozesstaktische Vorgehen der Sache seines Klienten am gerechtesten wird. Eine Sorgfaltspflichtverletzung sollte m.E. hier nur bei offensichtlichen Verstössen gegen die anerkannten Regeln der Kunst bejaht werden können.

c) *Pflichten des Klienten, insbesondere seine Treuepflicht*

Zu den bereits vorne skizzierten auftragsrechtlichen Pflichten des Auftraggebers kommt auch für den Klienten die allgemeine Pflicht des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB)¹¹³.

109 Gegen dieses Urteil hat der Anwalt Berufung eingelegt, der Fall ist noch pendent.

110 Vgl. auch SJ 1974, 473 ff.; ZR Nr. 168.

111 Ansprüche von Klienten wegen "Kunstfehlern" sind relativ häufig, so z.B. der Vorwurf, der Anwalt habe es unterlassen Zeugen zu verhören, eine Expertise einzuholen, er habe dem Gericht ungünstiges Beweismaterial vorgelegt oder auf andere Art und Weise durch taktische Fehlüberlegungen den Prozessausgang negativ beeinflusst.

112 Denkbar ist allerdings, dass der Klient, klar durch seinen Anwalt informiert, sich damit einverstanden erklärt, oder gar dem Anwalt die Weisung gibt, den gewagteren Weg einzuschlagen.

113 Die Verletzung dieser ihm obliegenden Pflicht kann als Mitverschulden oder gar Selbstverschulden in einer Vertragsklage des Klienten zu einer Reduktion oder gänzlichen Befreiung der Haftung des Anwalts führen.

aa) Grundsätzliche Treuepflicht

Das Bundesgericht sieht eine dem Klienten grundsätzlich obliegende Rechtspflicht, im Interesse des Rechtsanwaltes, zu jeder Vermeidung, Verminderung oder Beseitigung eines Schadens beizutragen¹¹⁴.

bb) Aufklärungs- und Instruktionspflicht

Der Klient hat seinen Anwalt über die tatsächlichen Vorgänge und Verhältnisse wahrheitsgetreu, umfassend und deutlich aufzuklären. Neue erhebliche Tatsachen hat er ihm rechtzeitig mitzuteilen. Auch seine Weisungen müssen klar, deutlich und lückenlos sein. Notwendige Akten muss er seinem Anwalt baldmöglichst übergeben. Er hat ihm zu den nötigen Unterlagen und Beweismitteln unaufgefordert zu verhelfen.

cc) Grad der Aufklärungspflicht

Der Grad dieser weitgefassten Aufklärungspflicht hängt von dem Bildungsgrad, dem Beruf, der persönlichen Stellung usw. des Klienten ab.

Der Anwalt als Sachverständiger ist oft besser in der Lage gewisse Zusammenhänge oder Besonderheiten aus dem ihm bekannten Tatsachenmaterial zu ersehen, an die Aufklärungspflicht des Klienten dürfen deshalb nicht allzu hohe Anforderungen gestellt werden.

Zusammenfassend wollen wir auch hier noch einmal auf das beidseitig tiefe Vertrauensverhältnis hinweisen, welches nicht nur vom Anwalt besonders sorgfältige und getreue Erfüllung seines Auftrages verlangt, sondern auch vom Klienten in erhöhtem Masse, und weitergehend als bei einem "einfachen" Auftraggeber, ein Verhalten nach Treu und Glauben erfordert¹¹⁵.

114 BGE 38 II 149 f.

115 Vgl. zum Entlastungsbeweis des Anwalts wegen Mitverschulden seines Klienten, Kellerhals 42 ff.

3. Rechtsfolgen bei Vertragsverletzung: Haftungsprobleme

a) Schadenersatzpflicht als sekundäre Leistungspflicht des Rechtsanwaltes

Art. 397 ff. (insbesondere Art. 398 mit Verweis auf Art. 321a, e) in Verbindung mit Art. 97 OR bilden die rechtliche Grundlage der Forderungen eines Klienten auf Schadenersatz als Erfüllungssurrogat, als Ersatzpflicht des Rechtsanwaltes infolge schuldhafter Pflichtverletzung (insbesondere mangelnder Sorgfalt)¹¹⁶.

Gemäss OR 398 Abs. 1 und 2 haftet der Beauftragte "... im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt, wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis"¹¹⁷.

"Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes"¹¹⁸.

"Nichterfüllung" im Sinne des Gesetzes¹¹⁹ umfasst auch eine *mangelhafte* Berufsausübung. "Insbesondere gehört hierher die Verletzung der Pflicht, auf die Erfüllung namentlich von Obligationen auf ein Tun die erforderliche Sorgfalt zu verwenden"¹²⁰.

Zur Frage, welches Sorgfaltsmass erforderlich ist, damit keine Verletzung der "getreuen und sorgfältigen Ausführung" vorliegt, sei auf das oben¹²¹ Gesagte verwiesen.

b) Haftung für Hilfspersonen

Der Anwalt wird regelmässig und erlaubterweise¹²² bei der Erfüllung seiner Mandate einzelne Aufgaben seinen Angestellten übertragen. Dabei handelt es sich einmal um das eigentliche Hilfspersonal, welches für die mehr "technischen" und organisatorischen Büroarbeiten zuständig ist, so die Sekretärinnen, Telefonistinnen, Telexistinnen usw. Aber auch die mehr oder weniger selbständigen Mitarbeiter des Rechtsanwaltes gelten im Sinne des Gesetzes als Hilfspersonen¹²³.

116 Siehe vorne 7, fn. 16/17.

117 Art. 321a Abs. 1 lautet: "Der Auftragnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren."

118 Vgl. Art. 321e Abs. 1 in Verbindung mit Art. 97 OR.

119 Vgl. Übertitel OR 97–109.

120 Otfinger, Praxis 162.

121 Siehe vorne 27 ff.

122 Siehe Art. 68 OR: der Anwalt ist zur Verwendung einer Hilfsperson befugt für Arbeiten, bei denen es nicht auf seine eigene, persönliche Leistung ankommt.

123 Jur. Mitarbeiter, Anwaltskandidaten usw.; "partners", d.h. wirtschaftlich gleichgestellte Mitglieder einer Anwaltsgemeinschaft fallen nicht unter diese Regelung. Massgebend ist demnach die für den Klienten erkennbare vertragliche Beziehung zwischen dem Anwalt und seinen Mitarbeitern bzw. "partners". Der im Arbeitsverhältnis stehende Mitarbeiter gilt haftpflichtrechtlich als Hilfsperson i.S. von OR 101.

Durch diese erlaubte Verwendung von Hilfspersonen soll nun aber der Klient nicht schlechtergestellt werden, als wenn der Rechtsanwalt den Auftrag in jeder Hinsicht allein ausführen würde. Art. 101 OR bezweckt deshalb, den Beauftragten auch für mangelhafte Erfüllungshandlungen und für unrichtige und schädliche Massnahmen der Hilfspersonen haften zu lassen¹²⁴. Der Entlastungsbeweis von Art. 55 OR¹²⁵, er habe alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet, steht ihm nicht offen. Er hat für das Verhalten seiner Hilfsperson einzustehen, wie wenn es sein eigenes wäre. Er kann allerdings den Exkulpationsbeweis von Art. 97 OR erbringen, die Hilfsperson habe mit der gleichen Sorgfalt gehandelt, wie es von ihm persönlich erwartet werde, ihm also, hätte er selbst gehandelt, kein Verschulden zur Last fallen würde. Der Klient soll sich ja auch nicht in einer besseren Situation befinden, als es der Fall wäre, hätte der Rechtsanwalt persönlich erfüllt.

c) Substitution

Überträgt der Anwalt die Besorgung eines Geschäftes einem Dritten, der selbständig, *an Stelle des Anwalts*¹²⁶ die Leistung erbringt, so haftet er seinem Klienten gegenüber für die Handlungen dieses Dritten, einem sog. Substituten, gemäss Art. 399 in Verbindung mit Art. 398 Abs. 3 OR:

Vorweg ist zwischen “befugter” und “unbefugter” Substitution zu unterscheiden. Grundsätzlich hat der Anwalt, gemäss Art. 398 Abs. 3 OR, die Pflicht zur persönlichen Besorgung seines Mandats¹²⁷, es sei denn, “wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt¹²⁸ oder durch die Umstände genötigt ist¹²⁹, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird”. Verletzt der Rechtsanwalt diese Pflicht zur persönlichen Besorgung, so haftet er für die unerlaubte Substitution nach Art. 399 Abs. 1, d.h. er hat die Handlungen des Substituten zu verantworten, wie wenn es seine eigenen wären. Auch hier steht ihm demnach der Exkulpationsbeweis von Art. 97 OR offen.

124 BGE 92 II 15 ff.; vgl. auch BGE 85 II 48; 103 II 333; 78 IV 133 und jeweils angegebene Judikatur.

125 Sog. *cura in eligendo, instruendo et custodiendo*.

126 Der Dritte “ersetzt” den Rechtsanwalt. Dieser Tatbestand geht weiter als die “Hilfe” i.S. von Art. 101 OR.

127 Diese Regelung schliesst den Beizug von Hilfspersonen i.S. von Art. 101 OR nicht aus. Auch bei Verbot der Substitution darf der Anwalt Hilfspersonen verwenden. Er kann zum Beispiel seinem Mitarbeiter ein Dossier zur Behandlung übergeben (i.S. von OR 101), nicht aber ohne weiteres seinem selbständigen Kollegen. Praktisch sind allerdings die Haftungsfolgen dieselben, da bei unerlaubter Substitution gemäss OR 399 Abs. 1 der Substitut einer Hilfsperson “gleichgestellt” wird dadurch, dass der Beauftragte für die Handlungen des Substituten haftet “wie wenn es seine eigenen wären” also analog Art. 101 OR.

128 Vgl. Vollmachtsformulare, welche regelmässig eine solche Substitutionsklausel enthalten.

129 Z.B. Krankheit, unvorhergesehene Abwesenheit, Kollision nicht verschiebbarer Termine usw.

Anders liegt der Fall bei der erlaubten Substitution im Sinne der Ausnahmenvorschrift von Art. 398 Abs. 3 OR. Hier haftet der Anwalt nur für die gehörige Sorgfalt bei der Auswahl und Instruktion des Substituten¹³⁰. Durch diesen ihm zusätzlich¹³¹ offenstehenden Entlastungsbeweis befindet sich der Rechtsanwalt im Falle der erlaubten Substitution haftungsmässig in einer besseren Stellung als bei dem Beizug von Hilfspersonen.

d) Haftung mehrerer

Dieser Frage kommt in der Praxis wenig Bedeutung zu. Der Klient hält sich grundsätzlich an den Rechtsanwalt, mit welchem er direkt verhandelt, welcher ihn beraten und vertreten hat. Gegen ihn wird sich eine Forderung infolge unsorgfältiger Mandatsführung richten.

Haben mehrere Anwälte gemeinsam den Auftrag übernommen, so haften sie dem Klienten gemäss Art. 403 Abs. 2 solidarisch. Es fragt sich nun aber, wann von einem "gemeinsam übernommenen" Auftrage gesprochen werden kann. In der anwaltlichen Praxis müssen zur Beantwortung dieser Frage die verschiedenen Möglichkeiten der "Zusammenarbeit" untersucht werden:

aa) *eigentliches Team-work, Art. 403 Abs. 2 OR*

Solidarhaftung aller Beteiligten i.S. von Art. 403 Abs. 2 OR wird gegeben sein, wenn mehrere Anwälte (meist Teilhaber ein und derselben Anwaltsgemeinschaft) in *tatsächlicher* Hinsicht einen Auftrag gemeinsam übernehmen und im bewussten und organisierten "team-work" ausführen. "Wesentlich ist, dass alle mit dem Willen des Auftraggebers für ein und dasselbe gemeinschaftliche Ziel arbeiten und ein gemeinsames Interesse am Erfolg ihrer Arbeit haben"¹³².

bb) *lose Kanzleigemeinschaft*

Betreiben mehrere Anwälte zur Senkung der administrativen Unkosten eine Kanzleigemeinschaft, ohne jedoch ein weitergehendes gemeinschaftliches Interesse an der Ausführung der einzelnen Mandate zu haben, so wird nur jeweils derjenige Anwalt seinem Klienten haftpflichtig, welcher in seinem Namen den konkreten Auftrag übernommen und ausgeführt hat. Den Anwälten fehlt der Wille gegen aussen als Gemeinschaft aufzutreten. Eine Solidarhaftung kommt nicht in Betracht, dieser Tatbestand fällt nicht unter die gesetzliche Regelung von Art. 403 Abs. 2 OR.

130 Vgl. Art. 55 OR und Art. 399 Abs. 2 OR.

131 Der Exkulpationsbeweis von OR 97 steht ihm auch offen.

132 Gautschi ad OR 403 II N. 11a.

cc) *Anwaltsgemeinschaft, Art. 544 Abs. 3, 543 Abs. 1 OR*

Anders verhält es sich, wenn mehrere Anwälte, gegen aussen, als “dauernde Arbeitsgemeinschaft” in Erscheinung treten¹³³. Solche “Anwaltsfirmen” sind relativ häufig anzutreffen; im Telefonbuch, am Büroeingang, auf dem Briefkopf usw. erscheinen regelmässig alle Namen der “Partners” der Anwaltsgemeinschaft. Hier bilden die Anwälte – unabhängig von internen Abmachungen – regelmässig eine einfache Gesellschaft im Sinne von Art. 530 OR¹³⁴.

Wendet sich nun ein Klient an die Gemeinschaft als solche, ohne dabei einen besonderen Anwalt beauftragen zu wollen, so haften die Anwälte solidarisch gemäss Art. 544 Abs. 3 OR, wenn sie im Namen der Gemeinschaft den Auftrag übernehmen, auch wenn stellvertretend für die Gemeinschaft nur einer der Anwälte das Mandat ausführt.

Wendet sich aber der Klient – wie es in der Praxis auch meist der Fall sein wird – an einen der Anwälte der Gemeinschaft mit dem Willen sich von diesem beraten oder vertreten zu lassen, so kommt die Bestimmung von Art. 543 Abs. 1 OR zur Anwendung, wonach der einzelne Anwalt, welcher in seinem eigenen Namen tätig wird, dem Klienten infolge schlechter Mandatsausführung auch alleine haftpflichtig wird. Die Anwälte der Gemeinschaft haften nicht solidarisch, auch wenn der betreffende Teilhaber das Geschäft für Rechnung der Gemeinschaft abgeschlossen hat.

e) *Wegbedingung und Beschränkung der Haftung*

Art. 100 Abs. 1 OR verbietet eine Wegbedingung der Haftung für grobe Fahrlässigkeit oder absichtliche Schädigung. E contrario sieht das Gesetz die Möglichkeit einer Wegbedingung für leichtes Verschulden vor. Abs. 2 allerdings stipuliert, dass der Richter nach seinem Ermessen solche Wegbedingungsklauseln als nichtig erklären kann, “wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes erfolgt”. Die Lehre betont, dass diese Bestimmung nicht nur bei konzessionierten Betrieben im engen verwaltungsrechtlichen Sinne ihre Geltung hat, sondern weiterreicht und auch Personen miteinbezieht, welche einen Beruf praktizieren, dessen Ausübung aus polizeirechtlichen Überlegungen einer offiziellen Erlaubnis bedürfen¹³⁵. Die anwältliche Tätigkeit fällt auch in den Rahmen dieser gesetzlichen Regelung.

133 Gautschi ad OR 403 N. 6d.

134 “Gesellschaft ist die vertragmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln.

Sie ist eine einfache Gesellschaft im Sinne dieses Titels, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer anderen durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen.”

135 Vgl. Oser-Schönenberger ad OR 100 N. 5.

Die ratio legis dieser Norm ist es, den schwächeren Vertragspartner "vor missbräuchlichen Vereinbarungen mit einem Partner in Monopolstellung"¹³⁶ zu schützen. Dazu kommt, dass der Grossteil der Lehre und Praxis für gewisse Auftragsverhältnisse jede Wegbedingung ausschliesst, und zwar immer dort, wo vom Beauftragten fachmännische Arbeit verlangt wird. Das Sorgfaltsmass wird zu einem essentialia, einer notwendigen, unabdingbaren Voraussetzung des "Anwaltsvertrages". Durch eine Wegbedingung dieses Kriteriums würde ein "atypischer" Vertrag geschlossen. Schon aus berufsethischen Überlegungen scheint mir ein solches Vorgehen grundsätzlich unzulässig¹³⁷.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt die Lehre bei der Frage der Wegbedingung der Haftung für Verrichtungen durch Hilfspersonen. Hier sieht zwar das Gesetz generell für alle Verschuldensarten die Möglichkeit einer Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung vor (Art. 101 Abs. 2 OR).

In Anlehnung an Art. 100 Abs. 2 bestimmt Art. 101 Abs. 3 OR, dass beim Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden kann. Aber auch hier lässt sich sagen, dass die restriktive Regelung von Art. 100 Abs. 2 OR bei der Haftung für Hilfspersonen ebenfalls zu beachten ist, die Wegbedingung der Haftung der Hilfsperson auch für nur leichte Fahrlässigkeit demnach als nichtig bzw. standeswidrig betrachtet werden muss.

Dementsprechend ist in der Praxis eine Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung für eigenes Verschulden oder für Verschulden einer Hilfsperson verpönt und nicht üblich¹³⁸.

Aus diesen Überlegungen darf geschlossen werden, dass die Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung zwar gesetzlich nicht eindeutig und für jede Art des Verschuldens verboten ist, die Natur des Anwaltsvertrages und die Stellung des Rechtsanwaltes jedoch eine solche Wegbedingung als "gegen die guten Sitten" (i.S. von Art. 20 OR) verstossend ausschliesst.

f) Verjährung

Der Anspruch des Klienten auf Schadenersatz infolge nicht gehöriger Erfüllung des Mandates durch den Rechtsanwalt verjährt gemäss Art. 127 OR (in Verbindung mit Art. 130) nach Ablauf von zehn Jahren seit der haftungsbegründenden Pflicht-

¹³⁶ Kellerhals 156.

¹³⁷ M.W. hat sich das Bundesgericht bis heute noch nie zu dieser speziellen Frage äussern müssen. In der Regel wird in der Praxis die Haftung auch nie wegbedungen. Vgl. allgemein zur Wegbedingung: BGE 95 II 101; 91 I 232/3; 94 II 197 ff. und insbesondere ZBJV 105, 372.

¹³⁸ Der Rechtsanwalt schützt sich mittels Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung; dadurch kann er seinen Vermögensschaden abwälzen, ohne dass der Klient seine Ansprüche wegen einer Wegbedingung oder Beschränkung der Haftung verliert.

verletzung, spätestens aber seit dem Erlöschen des Mandates¹³⁹, auch wenn der Klient erst nach dieser Frist Kenntnis vom Schaden erlangt hat.

g) Haftpflichtversicherung

Obwohl die Frage der Haftpflichtversicherung nicht in den Rahmen der Rechtsbeziehung zwischen Rechtsanwalt und Klient gehört, soll – das Kapitel der Grundlagen der Haftung abschliessend – kurz auf die Möglichkeit hingewiesen werden, welche dem Anwalt gegeben ist, *seinen* Vermögensschaden – welchen er infolge einer Haftpflichtverbindlichkeit erlitten hat – auf einen Dritten, den Versicherer, abzuwälzen.

Bei der Haftpflichtversicherung ist derjenige versichert, welcher gegenüber dem Geschädigten haftpflichtig geworden ist. Dem Geschädigten stehen gegenüber dem Versicherer keine Rechte zu, da zwischen ihnen keine vertragliche Beziehung besteht¹⁴⁰. Der Berufshaftpflichtversicherer deckt also den Schaden, welcher seinem Versicherungsnehmer, dem Rechtsanwalt, dadurch erwächst, dass er seinem Klienten gegenüber schadenersatzpflichtig wird. Er ersetzt dem Anwalt den Betrag der Entschädigung, zu dessen Zahlung dieser seinem Klienten gegenüber verpflichtet ist. Ausserdem übernimmt der Versicherer die Abwehr unberechtigter Ansprüche¹⁴¹; Verhandlungen mit dem Geschädigten oder einen angehobenen Prozess führt er auf seine Kosten¹⁴².

Der Abschluss einer solchen Berufshaftpflichtversicherung schützt primär den Rechtsanwalt. Aber auch dem Klienten erwächst daraus ein Vorteil. Einerseits zeigt die Praxis, dass Millionenschäden entstehen können, die zu ersetzen ein Rechtsanwalt vielleicht materiell nicht in der Lage ist. Andererseits befindet sich ein Klient auch “psychologisch” gesehen in einer besseren, “angenehmeren” Lage, wenn es darum geht, einen berechtigten Anspruch geltend zu machen, wenn er weiss, dass seinem Rechtsanwalt, dem er möglicherweise noch immer Vertrauen

139 Vgl. BGE 87 II 159/60: “Mit Ablauf von zehn Jahren verjähren alle Forderungen, für die das Bundesrecht nicht etwas anderes bestimmt (Art. 127 OR). Diese Norm gilt unter anderem für die aus der Verletzung vertraglichen Pflichten entstehenden Forderungen auf Leistung von Schadenersatz...”

Der Beginn der Verjährungsfrist untersteht in diesen Fällen dem Art. 130 Abs. 1 OR, d.h. die Frist läuft von der Fälligkeit der Forderung an ... unabhängig davon, ob der Gläubiger seine Forderung kennt ...”

Ferner 87 II 163: “Das Bundesgericht hat denn auch schon bisher entschieden, der Schadenersatzanspruch werde im Zeitpunkt der Vornahme der ungehörigen Erfüllungshandlung fällig (BGE 53 II 342).” Vgl. aber BGE 91 II 442 ff. für die Verjährung des Rückersatzanspruches des Auftraggebers.

140 Ausnahme: SVG Art. 65, wonach dem Geschädigten ein unmittelbarer Anspruch gegen den Versicherer zusteht.

141 Sog. Rechtsschutz, vgl. allgemeine Versicherungsbestimmungen, z.B. “Winterthur” Art. 3 Abs. 1.

142 Vgl. “Winterthur” Art. 13 Abs. 1 und 4.

entgegenbringt¹⁴³, dadurch kein Vermögensschaden entsteht. Ausserdem wird auch sein Anwalt – von sich aus – einen Fehler eher zugestehen und gewissenhaft der Versicherung melden¹⁴⁴.

D. Beendigung des Vertragsverhältnisses

Das Mandat endet regelmässig mit der Erreichung des Vertragszwecks, mit der gehörigen Erfüllung¹⁴⁵. Das Auftragsrecht sieht dazu noch einige besondere Bestimmungen vor:

1. *Widerruf, Art. 404 OR*

Die frühzeitige Beendigung durch Widerruf des Auftrags, welcher gemäss Art. 404 Abs. 1 für jede Partei jederzeit möglich ist, wird neben der Erfüllung als Erlöschungsgrund am häufigsten anzutreffen sein. Wir haben bereits erwähnt, dass eine solche Kündigung ausdrücklich dem Vertragspartner und nötigenfalls auch dem Gericht oder der zuständigen administrativen Behörde mitgeteilt werden muss. Auf dieses Widerrufsrecht kann nicht zum voraus rechtsgültig verzichtet werden.

Vorbehalten bleibt die Schadenersatzpflicht bei Kündigung zu Unzeit, sollte dadurch der Gegenpartei ein Schaden entstehen (Art. 404 Abs. 2).

2. *Weitere Beendigungsgründe, Art. 405 OR*

Weitere Beendigungsgründe sieht OR 405 vor, so der Tod, die Handlungsunfähigkeit oder der Konkurs der einen oder anderen Partei. Im Gegensatz zum Widerruf, führen diese Tatbestände jedoch nicht unbedingt zum Erlöschen des Mandates. Einerseits verpflichtet OR 405 Abs. 2 den Beauftragten grundsätzlich die Interessen des Auftraggebers weiterhin zu wahren und dessen Geschäfte fortzuführen, bis dieser in der Lage ist, dies selbst zu tun¹⁴⁶. Andererseits werden im Anwaltsvertrag die Folgen der in OR 405 genannten Tatbestände je nach Partei und Situation differenziert.

143 Man denke z.B. an den Fall einer verpassten Frist infolge eines blossen Versehens einer Hilfsperson.

144 Siehe zur Versicherungsfrage die ausführliche Darstellung von Renold.

145 Art. 114 OR und 115 ff. als weitere Erlöschungsgründe.

146 Vgl. vorne 27, sog. Fortführungspflicht des Anwalts.

Durch den Tod oder die Handlungsunfähigkeit des Anwalts erlischt der Auftrag. Die Vergütungspflicht des Klienten für alle vom Rechtsanwalt bis zu diesem Zeitpunkt erbrachten Leistungen bleibt gegenüber den Erben des Verstorbenen bzw. dem Vertreter des handlungsunfähigen Anwalts bestehen. Der Konkurs des Rechtsanwaltes führt grundsätzlich nicht zum Erlöschen des Auftrages, es sei denn, er sehe sich gezwungen seinen Beruf aufzugeben.

Stirbt der Klient oder wird er bevormundet, so kommt die gesetzliche Vorbehaltsklausel von Art. 405 Abs. 1 zur Anwendung. Mangels besonderer Abrede wird auf Grund der Natur des Geschäftes zu entscheiden sein, ob das Mandat aufrechterhalten wird oder erlischt. Ein Prozess über vermögensrechtliche Ansprüche z.B. fällt mit dem Tode des Klienten grundsätzlich nicht dahin¹⁴⁷. Den Erben steht allerdings das Widerrufsrecht von OR 404 gleicherweise zu. Bei Handlungsunfähigkeit des Klienten bleibt das Mandat bestehen, bis das zuständige Vormundschaftsorgan über die Fortführung oder Beendigung des Auftrages entschieden hat. Auch im Konkurs des Klienten bleibt der Anwaltsvertrag grundsätzlich bestehen, es sei denn, die eine oder andere Partei widerrufe das Mandat¹⁴⁸.

II. *Geschäftsführung ohne Auftrag Art. 419 ff.*¹⁴⁹

A. Entstehung

Uns soll nur diejenige echte¹⁵⁰ Geschäftsführung ohne Auftrag interessieren, welche dadurch entsteht, dass der Rechtsanwalt für seinen Klienten Geschäftsbesorgungen vornimmt, welche den Rahmen des ihm gültig erteilten Auftrages überschreiten¹⁵¹.

Als Beispiele der Geschäftsführung ohne Auftrag nennt Gmür¹⁵² die Anhebung einer Klage oder die Fortsetzung eines Prozesses ohne Auftrag, die unbefugte Abschliessung eines Vergleiches oder die Annahme eines Schiedsgerichtes ohne entsprechende Anweisung.

Genehmigt der Klient nachträglich die eigenmächtig vorgenommene Handlung, so wird diese von Gesetzes wegen (Art. 424 OR) Teil der Erfüllung des bestehenden Mandates; die oben beschriebenen Bestimmungen über den einfachen Auftrag kommen voll zur Geltung.

147 Vgl. Renold 214.

148 Zudem entscheidet nach der Konkursöffnung nicht mehr der Auftraggeber, sondern die Konkursverwaltung über die Weiterführung von Prozessen.

149 Siehe ausführliche Darstellung bei Gautschi, Berner Kommentar Band VI, Teilband 5.

150 Von unechter Geschäftsführung spricht man, wenn der Geschäftsführer fremde Geschäfte als seine eigenen und zu eigenem Nutzen führt, OR 423; BGE 47 II 198.

151 Nicht berücksichtigt wird der Fall, wo ein Anwalt für einen Nicht-Klienten ohne jeglichen Auftrag tätig wird.

152 131/2.

B. Wirkungen

1. *Pflichten des Rechtsanwaltes*

Ähnlich wie beim Auftrag hat der Rechtsanwalt die Pflicht, das übernommene Geschäft zum Vorteil seines Klienten zu führen und seiner mutmasslichen Absicht gemäss zu handeln. Dies beinhaltet die Verpflichtung, den Klienten sofort zu benachrichtigen, Rechenschaft abzulegen und alles was ihm aus der Geschäftsführung zugekommen ist, herauszugeben¹⁵³.

2. *Pflichten des Klienten*

War die Geschäftsführung im Interesse des Klienten geboten, so ist dieser verpflichtet, alle für seine Interessenwahrung notwendigen oder nützlichen Auslagen des Rechtsanwaltes zu ersetzen¹⁵⁴, selbst wenn der beabsichtigte Erfolg nicht eingetreten ist (Art. 422 Abs. 2). Seine Ersatzpflicht beschränkt sich auf den Betrag, um den er infolge der Geschäftsführung durch den Anwalt bereichert ist, wenn die Geschäftsführung nicht geboten war, d.h. wenn der Anwalt nicht mit Rücksicht auf die Interessen des Klienten gehandelt hat¹⁵⁵.

3. *Haftung*

Grundsätzlich haftet der Rechtsanwalt wie beim einfachen Auftrag für jede Fahrlässigkeit¹⁵⁶.

Das Gesetz sieht zwar eine mildere Beurteilung der Haftung vor, wenn der Rechtsanwalt gehandelt hat, "um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden" (Art. 420 Abs. 2). Die Natur der Anwaltstätigkeit jedoch, die Vertrauensstellung des Anwalts als Fachmann und die von ihm im Rahmen des bestehenden Auftrages verlangte Sorgfalt sprechen gegen die Anwendung der gesetzlich vorgesehenen Haftungsmilderung; es gelten ähnliche Überlegungen wie bei der Frage der Möglichkeit der Wegbedingung der Haftung¹⁵⁷. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Anwalt in einem solchen Falle der Geschäftsführung ohne Auftrag weniger gewissenhaft und sorgfältig die Interessen seines Klienten wahren soll.

153 Vgl. Guhl, 438/9.

154 Inkl. Honorar, vgl. Gautschi ad OR 424 N. 10c.

155 OR 422 Abs. 3, 423 Abs. 2 (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag).

156 OR 420 Abs. 1, vgl. OR 398; OR 99 Abs. 2 kommt nicht zur Anwendung.

157 Vgl. vorne 41 f.

Die in Art. 420 Abs. 3 OR vorgesehene verschärfte Haftung für Zufall, d.h. auch ohne Verschulden, basiert auf einem ähnlichen Tatbestand, wie wir ihn im Auftragsrecht auch finden: Der Rechtsanwalt, welcher entgegen dem ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Klienten eine Geschäftsbesorgung unternimmt, verletzt einerseits eine seiner Auftragspflichten, nämlich das Verbot gegen die Weisungen des Klienten zu handeln (Art. 397)¹⁵⁸, andererseits fällt dieser Tatbestand auch unter Art. 420 Abs. 3: Die Haftung verschärft sich, er hat auch für einen Zufallsschaden einzustehen¹⁵⁹, es sei denn, der schadenbringende Zufall wäre auch ohne seine Einmischung eingetreten.

§ 7. Schaden und Schadensberechnung¹⁶⁰

“Schaden ist eine Vermögensverminderung”¹⁶¹. Nicht unter diesen engen Begriff des Schadens fallen Beeinträchtigungen, welche ausschliesslich Persönlichkeitsrechte¹⁶² verletzen; hier spricht man von “tort moral”, welcher durch Genugtuung wiedergutzumachen ist.

Der Schaden ergibt sich grundsätzlich aus dem Unterschied zwischen dem Vermögensstand des Klienten wie er *ist* und der finanziell günstigeren Lage, in welcher sich der Klient *befände*, hätte der Rechtsanwalt seinen Auftrag pflichtgemäss erfüllt. Ausgangspunkt für die Schadensberechnung wird somit regelmässig das Interesse des Klienten an der erwarteten, sorgfältigen Vertragserfüllung sein^{163, 164}. Dabei wird einmal ein effektiver, bereits abgeschlossener und berechenbarer Schaden¹⁶⁵ berücksichtigt. Entgeht aber dem Klienten durch die Schlechterfüllung ein Gewinn¹⁶⁶, so wird auch dieser Schaden zu berücksichtigen sein¹⁶⁷.

Die Frage, ob ein Schaden eingetreten ist und wie dieser gegebenenfalls zu berechnen ist, bildet bei der Beurteilung von Anwaltschaftspflichtfällen eine der heikelsten Fragen¹⁶⁸. Die Möglichkeit von Schädigungen sind vielfältig. Eine Aufzählung könnte kaum je umfassend sein.

158 Anders als in OR 420 Abs. 3, sieht OR 397 den Vorbehalt des rechtswidrigen oder unsittlichen Willens des Geschäftsherrn als haftungsbefreiendes Element nicht vor. Andererseits haftet der Anwalt i.S. von OR 397 nur, wenn er sich nicht exkulpieren kann, OR 97, wenn ihn also zusätzlich ein Verschulden trifft, vgl. vorne 21 ff.

159 Er haftet auch ohne Verschulden, der Exkulpationsbeweis von OR 97 steht ihm nicht zu.

160 Die Darstellung der weiteren Voraussetzungen der Haftung § 7 bis § 10 soll summarisch bleiben, siehe ausführliche Untersuchungen bei Oftinger, A. Keller, Deschenaux etc.

161 Oftinger 53.

162 Ohne dass gleichzeitig Rechtsgüter in ökonomischer Hinsicht, d.h. in wirtschaftlich erfassbarem Umfang vermindert sind, vgl. Oftinger 57.

163 sog. positives Erfüllungsinteresse.

164 Erinnern wir uns aber, dass der Auftrag kein erfolgsqualifizierter Vertrag ist, das Interesse des Klienten somit nicht dem Erfolg gleichgestellt werden darf.

165 Vgl. Oftinger 55, sog. *damnum emergens*.

166 Vgl. Oftinger 55, sog. *lucrum cessans*.

167 Vgl. BGE 90 II 417.

168 Zusammen mit der Frage nach dem adaequaten Kausalzusammenhang, siehe hinten 50.

Auch wenn die schuldhafte Schlechterfüllung durch den Rechtsanwalt eindeutig feststeht, kann dennoch der Schaden oft nicht oder nicht sofort beziffert werden. Möglicherweise steht dem Klienten ein anderer Weg offen, um voll oder wenigstens teilweise zu seinem Recht zu kommen, so etwa ein neues, günstigeres Urteil einer oberen Instanz, die gerichtliche Wiederherstellung einer versäumten Frist, eine erfolgreiche Rückforderungsklage bei Bezahlung einer Nichtschuld im Betreibungsverfahren und anderes mehr. Erst wenn eine Weiterführung des Prozesses nicht mehr möglich ist, und auch keine andere Deckungsmöglichkeit gegeben ist, kann der Eintritt eines Schadens grundsätzlich bejaht werden¹⁶⁹, dessen Höhe ziffernmässig zu berechnen einer weiteren, oft schwierigen und umfassenden Prüfung bedarf. Der Klient hat den Umfang des Schadens zu beweisen, wobei ein Wahrscheinlichkeitsbeweis genügt¹⁷⁰. Grundsätzlich entspricht die Höhe des Schadens derjenigen Summe, um welche sich das Vermögen des Klienten bei vertragskonformem Handeln des Anwalts infolge seines berechtigten Anspruches vergrössert, oder infolge Abweisung einer unberechtigten Forderung gegen ihn nicht vermindert hätte¹⁷¹.

§ 8. Vertragsverletzung

Die Vertragsverletzung, als eine weitere Voraussetzung der Haftung des Rechtsanwaltes, bedarf in der Praxis, angesichts der konkreten Umstände, meist keiner näheren Untersuchung. Die vertragswidrige Handlung oder Unterlassung des An-

169 Vgl. Kellerhals 21.

170 OR 42 Abs. 1 durch Verweis in OR 99 Abs. 3. Vgl. BGE 93 II 453 ff. OR 42 Abs. 2: misslingt eine genaue ziffernmässige Berechnung, so schätzt der Richter den Schaden nach seinem Ermessen. Vgl. BGE 60 II 131: "... nach der feststehenden Praxis des Bundesgerichtes bezieht sich diese Bestimmung (Art. 42 Abs. 2 OR) nicht nur auf die Höhe des Schadens, sondern auch auf dessen Vorhandensein, und dieses muss als erwiesen gelten, wenn die Akten genügende Anhaltspunkte bieten, die geeignet sind, auf seinen Eintritt schliessen zu lassen, und wenn sich dieser Schluss mit einer gewissen Überzeugungsgewalt aufdrängt (BGE 43 II 55 f. und dort angegebene frühere Entscheide)."

171 Zusammenfassend vgl. BGE 87 II 372: "Die Kläger fordern als Schadenersatz den Kapitalbetrag der Vermögensleistungen zu denen G. im Falle der Gutheissung ihrer Vaterschaftsklage verurteilt worden wäre. Für diesen Betrag haftet ihnen der Beklagte nur, wenn angenommen werden darf, die Kläger hätten den Vaterschaftsprozess gewonnen, falls er die Klage rechtzeitig eingereicht hätte.

Wie ein wegen Versäumung der Klagfrist nicht durchgeführter Prozess bei Einhaltung dieser Frist ausgegangen wäre, lässt sich nicht mit absoluter Sicherheit feststellen. Es sind darüber vielmehr nur Vermutungen möglich. Das gilt sowohl hinsichtlich der Tatsachen, die im fraglichen Prozess festgestellt worden wären, als auch hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung, welche diese Tatsachen erfahren hätten ... Im Schadenersatzprozess in dieser Weise die Aussichten des nicht durchgeführten Vorprozesses zu prüfen, ist der französischen wie der deutschen Rechtsprechung geläufig."

Weitere Entscheide: BGE 102 II 10/1; 100 II 305; 97 II 264 ff.; 84 II 6; 60 II 155; 59 II 369 und weitere jeweils angegebene frühere Entscheide.

walts, so etwa der Mangel an Sorgfalt und Treue, Missachtung der Weisungen des Klienten, Verletzung des Berufsgeheimnisses, Interessenkollisionen usw. erfüllen regelmässig den Tatbestand der "nicht gehörigen Erfüllung" der Vertragsleistung i.S. von Art. 97 OR.

Vertragsverletzung darf nicht mit Verschulden gleichgesetzt werden! Eine nicht schuldhaft begangene objektive Vertragsverletzung ist denkbar. Das Verschulden muss demzufolge deutlich getrennt, als weitere Voraussetzung der Haftung untersucht werden^{172, 173}.

§ 9. Kausalzusammenhang

Eines der heikelsten Probleme bei der Bearbeitung eines Anwaltshaftpflichtfalles ist die Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen dem haftungsbegründenden Tatbestand, d.h. der Pflichtverletzung durch den Rechtsanwalt, und dem eingetretenen Schaden. Kann der Klient diese rechtlich relevante Beziehung nicht beweisen, entsteht keine Haftung.

*I. Tatfrage: natürlicher Kausalzusammenhang*¹⁷⁴

Ausgangspunkt der Untersuchung, ob dem Rechtsanwalt ein bestimmtes (Fehl-) Verhalten als Ursache des Schadens zugerechnet werden kann, bildet der natürliche Kausalzusammenhang, d.h. die Frage "ob im naturgesetzlichen Sinn ein Ereignis die Wirkung eines anderen Ereignisses sei"¹⁷⁵. Es ist aber rechtswissenschaftlich nicht denkbar, dass jeder natürliche Zusammenhang zwischen Schaden und Schadensursache relevant sein kann. "Das Recht muss sich einen eigenen Kausalitätsbegriff schaffen"¹⁷⁶.

172 Siehe vorne 7, 8 und hinten 52.

173 Schwierigkeiten können sich bei den sog. "Kunstfehlern" ergeben.

Es gibt keine einheitliche, klare Definition dieses – vor allem in Arzthaftpflichtfällen gebräuchlichen – Begriffes. Wird ein Kunstfehler angenommen, so beinhaltet dies meistens bereits auch die Prüfung des Verschuldens. Vertragsverletzung und Verschulden werden demnach mehr oder weniger vereinheitlicht. M.E. ist dieses Vorgehen gefährlich. Es schiene mir besser, unter "Kunstfehler" nur die Vertragsverletzung zu subsumieren; auch bei Bejahung des Kunstfehlers sollte anschliessend getrennt das Verschulden untersucht werden.

174 BGE 64 II 204, das Bundesgericht kann Tatfragen nicht überprüfen.

175 Oftinger 74/5.

176 Kellerhals 23.

II. Rechtsfrage: *adaequater Kausalzusammenhang*¹⁷⁷

Massgebend ist die Frage, ob die Handlung oder Unterlassung des Rechtsanwaltes, als solche, im allgemeinen und objektiv, "nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Erfahrung des Lebens"^{178 179}, und nicht nur als Folge eines aussergewöhnlichen, unwahrscheinlichen oder rein zufälligen Umstandes, geeignet war, den fraglichen Schaden herbeizuführen.

III. Beweis der *Adaequanz*¹⁸⁰

Zur Beweisfrage hat das Bundesgericht in zahlreichen Entscheiden¹⁸¹ erklärt, dass dem die Beweislast tragenden Geschädigten nicht zugemutet werden könne, den Kausalitätsbeweis stets absolut, in zwingender Weise zu erbringen. Vielmehr genüge der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit¹⁸².

Nehmen wir als Beispiel eine versäumte Rechtsmittelfrist, so heisst das nun für den klagenden Klienten, dass ihm die Beweisführung insofern erleichtert wird, als er nur die "begründete Aussicht", dass der Richter der oberen Instanz zu seinen Gunsten geurteilt hätte, darzulegen hat¹⁸³.

Es liegt im richterlichen Ermessen zu entscheiden, ob ein Prozess begründete Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. "Ein starres Kriterium fehlt. Der Richter hat (...) ein ethisches Urteil zu fällen, was nicht an die Logik, sondern an die praktische Vernunft appelliert"¹⁸⁴.

Auch für die Haftbarkeit des Rechtsanwaltes aus Rechtsauskunft oder Raterteilung infolge falscher Beurteilung einer rechtlichen oder faktischen Situation genügt die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass bei richtiger Beratung oder Auskunfterteilung der Klient nicht geschädigt worden wäre.

177 BGE 64 II 204, das Bundesgericht kann Rechtsfragen überprüfen.

178 BGE 57 II 208, vgl. BGE 98 II 239.

179 Eine subjektive Vorausssehbarkeit ist unbeachtlich. Der Kausalzusammenhang beurteilt sich "ex post" auf Grund einer objektiven, nachträglichen Prognose. Vgl. Oftinger 76.

180 Vgl. Oftinger 80 ff.

181 An Stelle vieler BGE 57 II 208, 90 II 227.

182 Eine blosse Möglichkeit genügt dagegen nicht. Vgl. Oftinger 81, siehe vorne 8 insbes. Fn. 21. Der Kausalzusammenhang darf aber nicht leichthin angenommen werden, die hohe Wahrscheinlichkeit muss konkret bewiesen sein. Die blosse Annahme einer solchen genügt nicht!

183 Vgl. Kellerhals 29.

184 Oftinger 76.

IV. Inadaequanz

Keiner näheren Behandlung bedarf die rechtliche Folge eines an sich inadäquaten Kausalzusammenhangs. War das Verhalten des Rechtsanwaltes nicht adäquate Ursache des Schadens, so wird er nicht ersatzpflichtig.

Wie verhält es sich aber, wenn ein an sich adäquater Kausalzusammenhang durch eine neue Ursache "unterbrochen", besser "abgebrochen" wird¹⁸⁵? Auch in diesem Falle haftet der Rechtsanwalt nicht, sein Fehlverhalten kann nicht mehr als adäquat zum Schaden gewertet werden. Als wichtigste Unterbrechungs- bzw. Entlastungsgründe¹⁸⁶ kommen in Betracht ein Selbstverschulden des Klienten¹⁸⁷, ein Drittverschulden, ein Zufall¹⁸⁸ oder eine "force majeure", "ein zu besonderer Intensität gesteigerter Zufall"¹⁸⁹. Die unterbrechenden Ursachen müssen aber mit einer gewissen Intensität auftreten, damit die ursprüngliche Ursache "überschattet" wird und als inadäquat erscheint¹⁹⁰. Fehlt diese Intensität, so liegt der Tatbestand der sog. Ursachenkonkurrenz vor, welcher in der Praxis regelmässig bei der Schadenersatzbemessung nach Art. 43/44 OR (und nicht im Rahmen der Kausalität) berücksichtigt wird¹⁹¹.

Die Würdigung der nötigen Intensität liegt, wie bei der Frage der Adäquanz, im richterlichen Ermessen¹⁹².

In der Praxis wird eine solche Unterbrechung des Kausalzusammenhanges selten bejaht¹⁹³.

185 Vgl. Oftinger 108 f., Oftinger, Praxis 239 f., Keller 54.

186 "Gründe der Inadaequanz" Oftinger 109.

187 V.a. die Verletzung der Pflicht des Klienten, dem Anwalt bei der Erfüllung des Mandates in jeder Hinsicht behilflich zu sein, unwahre Schilderungen, unrichtige oder unklare Instruktionen, Zurückhalten wichtiger Informationen siehe vorne 36 f. Pflichten des Klienten.

188 Es sei denn, der Anwalt hafte auch aus Zufall infolge einer Geschäftsführung ohne Auftrag, siehe vorne 45 ff.

189 Vgl. BGE 90 IV 265, BGE 91 II 474 f.

190 Vgl. Oftinger 110, Keller 57 ff., Kellerhals 32.

191 Hier muss allerdings beim Drittverschulden differenziert werden: Der haftpflichtige Anwalt kann sich bei der Schadenersatzbemessung in der Regel (vorbehalten bleiben gesetzlich besonders geregelte Tatbestände z.B. SVG, EHG) nicht auf das Verschulden eines Dritten berufen. Ein Drittverschulden bedeutet an sich keine Entlastung. Nur bei der nötigen Intensität wird sich der Anwalt auf die Inadaequanz berufen können, vgl. Oftinger 111.

192 Vgl. Kellerhals 32.

193 Vgl. Oftinger 108, Keller 53 ff.

§ 10. Verschulden

Sind alle bis dahin beschriebenen Voraussetzungen der Haftung gegeben¹⁹⁴, so bleibt als letzte, wichtige Haftpflichtvoraussetzung, das Verschulden zu untersuchen¹⁹⁵.

I. Begriff, Arten und Grösse des Verschuldens, insbesondere die Fahrlässigkeit

Den allgemeinen Begriff und die Arten des Verschuldens haben wir vorne¹⁹⁶ bereits umschrieben. An dieser Stelle wollen wir uns nur noch mit der Frage der Fahrlässigkeit auseinandersetzen¹⁹⁷.

Die Fahrlässigkeit wird – in quantitativer Hinsicht – in grobe und leichte eingeteilt. Grob ist die Fahrlässigkeit, “wenn der Haftpflichtige unter Verletzung der elementarsten Vorsichtsgebote das ausseracht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen”¹⁹⁸ und leichte Fahrlässigkeit ist “jede nicht grobe”¹⁹⁹.

Kurz und treffend unterscheidet Keller²⁰⁰ leichte: “das kann passieren” und grobe Fahrlässigkeit: “das darf nicht passieren”²⁰¹.

Anders als im Strafrecht²⁰², welches die Fahrlässigkeit nach einem subjektiven Kriterium mit Rücksicht auf individuelle Eigenschaften und Verhältnisse beurteilt, wird im Zivilrecht der Fahrlässigkeitsbegriff objektiviert. Eine subjektive Entschuldbarkeit ist unbeachtlich²⁰³. Konkrete Umstände jedoch werden geprüft²⁰⁴. Der Richter wird nach seinem Ermessen die konkreten Verhältnisse wie Beruf, Schwierigkeitsgrad der zu besorgenden Angelegenheit, Natur des Geschäftes usw. berücksichtigen.

194 Vertrag, Schaden, Vertragsverletzung, adaequater Kausalzusammenhang.

195 Es sei erinnert, dass das Verschulden präsumiert ist, der Rechtsanwalt sich somit zu exkulpieren hat, OR 97 Abs. 1.

196 Vorne 8/9.

197 Siehe vorne Einleitung: Schwergewicht der Arbeit ist die fahrlässige (nicht vorsätzliche) Vertragsverletzung.

198 Oftinger 153.

199 Oftinger 153. Vgl. aber BGE 100 II 338: “Avec raison, la Cour civile vaudoise s’écarte ... de la division bipartite des fautes fréquemment présentée en doctrine, qui assimile toute faute non légère à une faute grave. Une telle division heurte l’expérience de la vie qui fait couramment apparaître des fautes “moyennes” ni graves ni légères.”

200 86.

201 Diese Unterscheidung ist – trotz OR 99 Abs. 1, wonach der Haftpflichtige für *jedes* Verschulden haftet – v.a. bei der Schadenersatzbemessung von Wichtigkeit. OR 43: “Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat”.

202 Siehe auch Art. 53 OR.

203 Vgl. Oftinger 146 ff.

204 Vgl. vorne 27 ff. das unter “Sorgfaltspflicht” Gesagte.

Dieser objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff beinhaltet die objektive Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit des Schadens. Verschulden liegt somit vor, wenn die schädliche Folge eines Verhaltens an sich voraussehbar und vermeidbar war, also auch, wenn der Rechtsanwalt den Schaden selber nicht vorgesehen hat. Für ein Verschulden genügt demnach, wenn der Anwalt erstens die Möglichkeit hatte, die Existenz seiner Pflicht zu kennen, zweitens wusste oder wissen musste, dass er diese Pflicht verletzte und drittens die Möglichkeit hatte, diese Vertragsverletzung zu vermeiden^{205, 206}.

OR 99 Abs. 1 verdeutlicht, dass der Schuldner im allgemeinen für jedes Verschulden haftet. Der Grad des Verschuldens ist keine Voraussetzung für die Bejahung oder Verneinung einer Schadenersatzpflicht. Grundsätzlich genügt auch ein nur leichtes Verschulden. Auch die auftragsrechtliche Haftungsbestimmung von OR 398 ändert an diesem Grundsatz nichts²⁰⁷. Somit haftet der Beauftragte beim entgeltlichen wie beim unentgeltlichen Auftrag auch für nur leichte Fahrlässigkeit²⁰⁸.

Während die Lehre und die Rechtsprechung²⁰⁹ bei formellen Verfahrens- bzw. Prozessfehlern regelmässig eine strenge Haftung vorsehen, wurde verschiedentlich die Frage aufgeworfen (aber meist offen gelassen), ob ein Anwalt bei anderen Sorgfaltspflichtverletzungen (vor allem bei "Kunstfehlern") nicht nur für grobe Fahrlässigkeit haftbar sein sollte²¹⁰. Rechtsdogmatisch findet eine solche Ausnahmestellung des Anwalts keine Begründung. Wie jeder Beauftragte haftet er im Sinne des Gesetzes für *jedes* Verschulden²¹¹. Eine Abschwächung dieser strengen Haftung wird dadurch erreicht, dass der Richter bei der Bejahung oder Verneinung der *Verletzung der Sorgfaltspflicht*²¹² die besondere Stellung, die Aufgabe, die Eigenschaften und Fähigkeiten im Sinne von Art. 321e OR wie auch die konkreten Umstände berücksichtigen wird. Die somit zuletzt in einem Waadtländerurteil²¹³ geforderte "Milderung" der Haftung für Anwälte ergibt sich bereits bei der Prüfung der Vertragsverletzung. Eine Sonderstellung im Rahmen des Verschuldens erübrigt sich somit²¹⁴.

205 Vgl. BGE 26 II 699.

206 Die subjektive Seite des Verschuldens, d.h. die Urteils- bzw. Handlungsfähigkeit des Rechtsanwaltes wird als gegeben vorausgesetzt.

207 Die "gemilderte" Haftung von OR 398 Abs. 2 betrifft nicht das Verschulden; es geht hier um das Mass der Sorgfalt, d.h. um die Frage der Vertragspflichtverletzung.

208 Gemäss OR 394 ist der unentgeltliche Auftrag die Regel. Vgl. SJ 1964, 532/3; SJ 1962, 288.

209 Vgl. etwa Gautschi, ad Art. 398 OR N. 34c; SJ 1979, 417/8.

210 Vgl. 87 II 372; 79 II 438; 70 II 209; 66 II 36.

211 Vgl. auch Keller 357.

212 I.S. der "Widerrechtlichkeit" bei der unerlaubten Handlung.

213 JT 1978 III 114.

214 Weitere Entscheide zum Verschulden allgemein: BGE 103 V 34; 104 II 28; 102 V 23 ff.; 239; 93 II 352 f.; 92 II 253 ff.

II. Verschulden und Verletzung der erforderlichen Sorgfalt

Eine genaue begriffliche Differenzierung zwischen Fahrlässigkeit und Verletzung der Sorgfaltspflicht bereitet immer wieder Schwierigkeiten. So finden wir z.B. bei Kellerhals²¹⁵ die folgende Definition: "Fahrlässigkeit bedeutet mangelnde Sorgfalt". Demnach wäre die mangelnde Sorgfalt, d.h. die Verletzung der Sorgfaltspflicht, mit der Fahrlässigkeit, d.h. mit dem Verschulden gleichzusetzen. Rechtstheoretisch kann eine solche Definition nicht befriedigen, da ja – dies sei nochmals betont – die haftpflichtrechtlichen Bestimmungen die Vertragsverletzung²¹⁶ und das Verschulden als zwei, deutlich getrennte, und beide notwendige Voraussetzungen der Haftung vorsehen. Somit muss auch der Begriff der Fahrlässigkeit deutlich vom Begriff der Sorgfaltspflichtverletzung getrennt werden. Klarer ist die Definition Oftingers²¹⁷: "Fahrlässigkeit ist die missbilligende Qualifikation der voraussehbaren Herbeiführung eines Schadens durch mangelnde Sorgfalt".

Ausgangspunkt bildet somit die vorne behandelte Sorgfaltspflicht des Rechtsanwaltes. Darauf sei verwiesen²¹⁸.

Eine umfassendere theoretische Untersuchung von Verschulden und Verletzung der Sorgfaltspflicht scheint nicht notwendig. Die Praxis zeigt nämlich, dass mit dem Nachweis der Sorgfaltspflichtverletzung regelmässig auch ein Verschulden, sei es leichte oder grobe Fahrlässigkeit, vorliegt und es dem Anwalt nicht gelingen wird sich zu exkulpieren, d.h. den Beweis zu erbringen, dass er alle Schritte, die zu unternehmen und von ihm in der konkreten Situation erwartet werden durfte, bei der Ausführung des Mandates tatsächlich unternommen hat, ohne dabei die ihm vorgeworfene Vertragsverletzung vermeiden zu können²¹⁹.

Praktisch erübrigt sich somit in den meisten Fällen die von der Rechtstheorie geforderte, getrennte Untersuchung von Vertragsverletzung und Verschulden²²⁰.

215 35.

216 Die Widerrechtlichkeit bei der ausservertraglichen Haftung.

217 142.

218 Vorne 27 ff.

219 Es sei denn, er beweise zu seiner Entlastung einen Zufall, höhere Gewalt, Selbstverschulden oder Drittverschulden.

220 Vgl. BGE 34 II 36; siehe aber vorne 49, insbes. Fn. 173. In der Praxis wird ein Verschulden bei Verletzung einer Sorgfaltspflicht gerade deshalb "automatisch" bejaht, weil z.Zt. noch keine befriedigende Unterscheidungskriterien geschaffen wurden.

§ 11. Schadenersatzbemessung als sekundäre haftpflichtrechtliche Voraussetzung

Erst der Beweis der Existenz eines Schadens und dessen ziffernmässige Berechnung begründen grundsätzlich einen Anspruch auf Schadenersatz, d.h. auf Wiedergutmachung des Schadens durch den Rechtsanwalt²²¹ “mittels möglichst annähernder (völliger oder teilweiser) wertmässiger Wiederherstellung des wirtschaftlichen Zustandes vor dem schädigenden Ereignis”²²².

Die obere Grenze des Schadenersatzes, d.h. das Maximum dessen, wofür der Rechtsanwalt überhaupt ersatzpflichtig werden kann, wird durch die Höhe des ermittelten Schadens festgelegt²²³. Während bei der Schadensberechnung – einem rein rechnerischen Vorgang – die konkreten Umstände des Falles, die Grösse des Verschuldens, ein Mitverschulden des Klienten usw. keine Berücksichtigung finden, werden dagegen bei der Bemessung des geschuldeten Schadenersatzes diese eben genannten Elemente in Betracht gezogen.

Es liegt im Ermessen des Richters, die konkreten Umstände des Falles zu berücksichtigen (Art. 43 Abs. 1 durch Verweis in Art. 99 Abs. 3 OR), wobei – bei Anwaltschaftspflichten – die Höhe des Verschuldens des Anwaltes hauptsächlicher Faktor für die Abstufung des Umfangs des Schadenersatzes sein wird²²⁴.

Zu berücksichtigen sind gegebenenfalls auch die in Art. 44 OR vorgesehenen Herabsetzungsgründe, v.a. die Einwilligung des Klienten²²⁵ oder sonstiges Mitverschulden²²⁶.

Abschliessend soll darauf hingewiesen werden, dass Lehre und Rechtsprechung²²⁷ aus der Natur des Anwaltsvertrages folgern, dass die Möglichkeit einer Milderung der Haftung, welche in Art. 99 Abs. 2 OR bei Unentgeltlichkeit des Auftrages vorgesehen ist, für den Rechtsanwalt nur mit Vorsicht in Betracht gezogen werden darf²²⁸. Grundsätzlich soll, wegen dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen

221 Gegebenenfalls sein Versicherer.

222 Oftinger 63.

223 Ansonsten fände sich der Klient ja bereichert. Vgl. Oftinger 66.

224 Eine Diskrepanz zwischen Leistung (kleine Rechtsauskunft mit kleinem Honorar) und Risiko (Millionengeschäft des Klienten) könnte hier berücksichtigt werden. Ein weiterer zu berücksichtigender Faktor aus OR 43 ist der konkurrierende Zufall. Hierhin gehört auch eine Vorteilsanrechnung.

225 Wird nur berücksichtigt, wenn der Klient durch den Anwalt genügend informiert wurde, vgl. Kellerhals 50 ff.

226 Bei Selbstverschulden fällt die Haftung gänzlich weg. Vgl. vorne 51, Inadaequanz. Ein weiterer Herabsetzungsgrund von OR 44 Abs. 2 ist die wirtschaftliche Lage der Parteien, die Notlage des Haftpflichtigen bzw. das hohe Einkommen des Geschädigten, vgl. Oftinger 271 ff.

227 An Stelle vieler BGE 60 II 233, Becker 2. Abt. N. 5 ad Art. 398, Oser-Schönenberger 2. Teil ad OR 398 S. 1480/1.

228 Bei relativer Kleinheit des Entgeltes vgl. oben Fn. 224. Vgl. auch Armenanwalt, welcher mit genau gleicher Sorgfalt zu handeln hat wie ein Anwalt im Rahmen eines “freiwilligen” Mandates, vgl. ZR 18 Nr. 75.

Anwalt und Klient, auch beim unentgeltlichen Mandat keine Befreiung von der Haftung für leichtes Verschulden eintreten²²⁹.

§ 12. Genugtuung

Art. 49 OR²³⁰ verlangt für die Zusprechung einer Genugtuungssumme als Folge eines "tort moral" (einer immateriellen Unbill) schweres Verschulden. Eine solche vertragliche Ersatzpflicht des Rechtsanwaltes ist folglich kaum denkbar²³¹ und m.W. in der Praxis auch noch nie einem Anwalt auferlegt worden. Vorstellbar ist allerdings ein Genugtuungsanspruch des Klienten, welcher wegen einer Verletzung des Berufsgeheimnisses in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird²³². Eine Untersuchung dieses Tatbestandes gehört jedoch nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

229 Vgl. auch vorne 53, insbes. Fn. 208. Eine Ausnahme bilden wohl unverbindliche Gefälligkeitsberatungen; hier wird jedoch in der Regel gar kein Vertragsverhältnis vorliegen (eine Haftung beurteilt sich nach OR 41 ff.).

230 Als Anwendungsbestimmung von ZGB 28 Abs. 2, durch Verweis in OR 99 Abs. 3 auch für die Vertragsklage zuziehbar.

231 Denkbar wäre eine Genugtuungsleistung aus unerlaubter Handlung, OR 41.

232 Evtl. zusammen mit strafrechtlichen Folgen.

ZWEITER TEIL

Rechtslage nach US-amerikanischem Recht

“We need education in the obvious
more than investigation of the
obscure.”

Justice Oliver Wendell Holmes

1. Abschnitt

Einleitung

Der schweizerische Jurist, welcher sich mit anglo-amerikanischem Recht auseinanderzusetzen hat, wird vorerst den Eindruck haben, einen ihm grundsätzlich fremden Boden zu betreten. Indessen wird er bald feststellen können, dass das schweizerische und das amerikanische Rechtssystem trotz ihrer unterschiedlichen Erscheinungsformen in den praktischen Ergebnissen häufig übereinstimmen¹. Massgebende Unterschiede finden wir in der “juristischen Technik”, d.h. in der Methode der Rechtsfindung. Auch dogmatische Verschiedenheiten erschweren uns den Einstieg in das amerikanische Recht. Dem Wesen nach jedoch haben die zwei Rechtsordnungen vieles gemeinsam. Die dem Juristen gestellten Aufgaben, die grundlegenden materiellrechtlichen Fragen, sind in beiden Rechtssystemen die gleichen. Trotz unterschiedlichen theoretischen Ausgangspositionen, werden die Sachprobleme in ähnlichem Sinne gelöst. Ein gleicher Tatbestand wird zwar technisch auf verschiedenen Wegen, inhaltlich aber nach übereinstimmenden Kriterien durchleuchtet.

§ 1. Struktur des anglo-amerikanischen Rechts

Um die Struktur der anglo-amerikanischen Rechtsordnung zu verstehen, müssen wir uns die zwei “Grundpfeiler”, auf welchen das amerikanische Rechtssystem ruht, vor Augen halten²:

¹ Vgl. Zweigert/Kötz 213 ff.

² Vgl. Fulda 11.

I. Zur Bedeutung des in der Bundesverfassung von 1787 verankerten Amerikanischen Föderalismus

Die Amerikanische Bundesverfassung verleiht den "Vereinigten Staaten von Amerika" eine bundesstaatliche, föderalistische Struktur. Art. I, § 8 der Verfassung regelt abschliessend die Gesetzgebungskompetenzen des Kongresses³. Die einzelnen Gebiete des Privatrechts werden von dieser Bundesgesetzgebung nicht erfasst. Ihre Normierung fällt demnach – anders als in der Schweiz, wo das Privatrecht Bundes Sache ist – in den Zuständigkeitsbereich der einzelnen Gliedstaaten.

Neben dem *Bundesrecht* der Vereinigten Staaten haben somit die einzelnen Staaten verschiedene Jurisdiktionen, *Rechte der Gliedstaaten*, geschaffen. Durch diesen Föderalismus sehen wir uns demnach mit einer Pluralität von Rechtsinstitutionen konfrontiert.

II. Common law und Statutory law

Im amerikanischen Recht findet eine weitere Kompetenzverteilung statt und zwar zwischen Gerichten und Gesetzgeber: Es stehen nebeneinander das "common law" oder "case law", d.h. das Richterrecht (v.a. die sog. leading cases, die Präzedenzfälle) und das "statutory law" oder "statute law", d.h. das von der Legislativen gesetzte Recht.

Dieses Zusammenspiel von Bundes- und Staatsrecht, von common law und statutory law, bildet das – für den schweizerischen Juristen etwas ungewohnte – Gebäude des amerikanischen Rechtssystems.

§ 2. Rechtsquellen

Das *common law* ist primäre Rechtsquelle. Das *statute law* ergänzt das common law und greift ein, wenn dieses letztere durch veränderte Zeitumstände den modernen Anschauungen nicht mehr entspricht. Verbindlich werden diese Gesetze erst, wenn sie von den Gerichten interpretiert und als Recht anerkannt werden. "Was das oberste Bundesgericht sagt, ist Recht. Was der Kongress oder eine Staatslegislatur sagt, ist nur dann Recht, wenn es von den Gerichten als solches anerkannt wird"⁴. Das Statute law nimmt ständig an Umfang zu. Im Strafrecht, im Prozessrecht und in gewissen Gebieten des Zivilrechts gibt es kein common law mehr. Die Konkursordnung z.B. ist Bundesgesetz. Der von einer Mehrheit der Staaten angenommene "Uniform Commercial Code" regelt das Handelsrecht.

³ Federal Legislation.

⁴ Parker, Vorwort IV sog. Judicial Supremacy, vgl. auch Fulda 38/9.

Das common law beherrscht u.a. das allgemeine Vertragsrecht, das Schuldrecht, das Recht der unerlaubten Handlung, das Sachenrecht und das Internationale Privatrecht.

Eine im letzten Jahrhundert vorgeschlagene Kodifizierung des gesamten Rechts wurde verworfen. Dieser "Code" wurde aber in Kalifornien, North und South Dakota, Idaho und Montana zum Gesetz.

Im Jahre 1923 entstand das "American Law Institute" (ALI) in Washington, D.C., dessen Ziel es ist, das Recht zu systematisieren und zu vereinfachen (classification and simplification of the law). Das ALI hat das "Restatement of the law" herausgegeben⁵. Diese weitere "Rechtsquelle" zählt zur Sekundärliteratur des common law. Als privater Kodifikationsersatz bleibt es jedoch unverbindlich. Indessen wird es sehr häufig von den Gerichten zitiert und genießt somit grosses Ansehen.

Diese Restatements sind ein Beweis dafür, dass das amerikanische Privatrecht trotz der 50 verschiedenen Rechtsprechungen auf einer einheitlichen Grundlage beruht, sodass man von einem eigentlichen "Amerikanischen Privatrecht" sprechen kann⁶. Namentlich das uns im Rahmen dieser Arbeit interessierende Vertrags- und Schuldrecht erfreut sich trotz aller lokalen Variationen innerhalb der 50 Staaten einer starken Einheitlichkeit.

Wir werden somit im folgenden ein einziges anglo-amerikanisches Vertrags- und Schuldrecht berücksichtigen. Weiter wird unsere Untersuchung dadurch erleichtert, dass Vertrags- und Schuldrecht Juristenrecht ist. Das case law bildet die eigentliche Rechtsquelle. Ein zusätzlich zu berücksichtigendes systematisches und verbindliches Gesetzeswerk fehlt. Somit bilden die Präzedenzfälle der verschiedenen Gerichte für unsere Analyse die anwendbaren Rechtsnormen. Die Verwendung des unserem Obligationenrecht ähnlichen Restatements of contracts und of torts wird uns den Einstieg erleichtern.

5 In folgenden Materien: agency, conflict of law, contracts, judgments, model code of evidence, property, restitution, security, torts, trusts, foreign relation law of the United States.

6 Vgl. Zweigert/Kötz 306.

2. Abschnitt

Grundlegende Rechtsprinzipien des Anglo-Amerikanischen Vertrags- und Schuldrechts, insbesondere der Berufshaftung

§ 3. Vertragsrecht (law of contracts)

I. Allgemeiner Überblick

In der Einleitung wurde bereits darauf hingewiesen, dass das Vertragsrecht grundsätzlich common law ist. Die Gerichte haben eine Anzahl wichtiger Grundprinzipien – vergleichbar mit unserer allgemeinen Vertragslehre – erarbeitet, welche allen Verträgen gemeinsam sind und sich von unserem allgemeinen Teil des Obligationenrechts kaum unterscheiden.

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ein endgültiger Vertrag zustandekommt:

1. Geschäftsfähigkeit der Parteien
2. Übereinstimmende Willenserklärung
3. "consideration"
4. Einhaltung der Formvorschriften
5. Rechtmässiger Vertragszweck¹

II. Entstehung des Vertrages

Das amerikanische Restatement of the law of contract definiert den Vertrag als ein "Versprechen"^{2,3}.

Die Entstehung des Vertrags wird nicht in einer blossen Einigung der Parteien gesehen. Erforderlich ist ein "promise". Dies beinhaltet nicht nur die gegenseitige Willenserklärung, das "Versprechen" als solches, sondern auch die moralische Verpflichtung, das Versprechen zu erfüllen⁴.

In diesem promise liegt denn auch der Grund der rechtlichen Durchsetzbarkeit des Vertrages⁵.

¹ Vgl. Parker 123.

² Siehe vorne 59.

³ Restatement of contract § 1: "A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty."

⁴ Restatement contracts § 2 Abs. 1: "A promise is an undertaking, however expressed, either that something shall happen, or that something shall not happen, in the future."

⁵ Siehe hinten 63 ff.: Vertragsverletzung.

A. Geschäftsfähigkeit (legal capacity)

Anders als bei uns gibt es im amerikanischen Recht keine allgemeine Geschäftsunfähigkeit des Minderjährigen. Demnach sind Verträge von Minderjährigen nicht ungültig (void) sondern nur anfechtbar (voidable). Nicht einmal anfechtbar und daher erzwingbar sind Verpflichtungen eines Minderjährigen, welcher sog. "necessities" d.h. für den Lebensunterhalt notwendige Dinge gekauft hat. Er wird den handelsüblichen Preis bezahlen müssen, ohne sich auf seine Minderjährigkeit berufen zu können.

Verträge mit Geisteskranken, welche durch ein gerichtliches Verfahren unter Vormundschaft gestellt wurden, sind dagegen absolut nichtig. Wiederum bloss anfechtbar sind Verträge mit nicht unter Vormundschaft stehenden Geisteskranken⁶.

B. Übereinstimmende Willenserklärung (manifestation of assent)

Anders als im schweizerischen OR ist im amerikanischen Recht eine Offerte grundsätzlich ohne bindende oder verpflichtende Kraft⁷. Die Offerte gibt dem Adressaten zwar die Möglichkeit das Angebot anzunehmen – mit dieser "acceptance" kommt der Vertrag zustande –, der Offerent kann sein Angebot jedoch jederzeit, solange es nicht angenommen worden ist, widerrufen^{8,9}.

C. "consideration"

Eine weitere Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist das Vorliegen einer "consideration"¹⁰. Demnach wird ein Versprechen erst verpflichtend, wenn es gegen eine consideration des Versprechensempfängers abgegeben wird, d.h. wenn der Berechtigte seinerseits eine Gegenleistung erbracht oder versprochen hat.

6 Restatement contracts § 18: "No one can be bound by contract who has not legal capacity to incur at least voidable contractual duties ..."

7 Vgl. Zweigert/Kötz 39.

8 Idem 33.

9 Restatement contracts § 34: "An offer until terminated gives to the offeree a continuing power to create a contract by acceptance of the offer."

10 Es gibt im Deutschen keinen analogen Begriff; hinter dieser "consideration" steht eine uns fremde Rechtsstruktur.

Vgl. Restatement contracts § 75 Abs. 1: "Consideration for a promise is

a) an act other than a promise, or

b) a forbearance, or

c) the creation, modification or destruction of a legal promise, bargained for and given in exchange for the promise."

D. Formvorschriften

Wie bei uns gilt auch in den USA der Grundsatz der Formfreiheit. Die consideration-Lehre kann allerdings indirekt zu einem Formzwang führen, indem sie vorsieht, dass bei fehlender consideration eine Zusage nur wirksam ist, wenn sie "under seal" – in der Form einer gesiegelten Urkunde – abgegeben wird¹¹.

Bei einer kleinen Anzahl von Geschäften ist die Beobachtung einer bestimmten Form Gültigkeitsvoraussetzung. Diese Formvorschriften treffen jedoch den uns beschäftigenden "Anwaltsvertrag" nicht und sollen hier folglich nicht untersucht werden.

E. Gesetzes- und Sittenwidrigkeit (illegal bargains)

Im Wesentlichen gelten in allen Rechtsordnungen dieselben Regeln, welche einen Vertrag für nichtig (void) erklären, wenn er gegen Gesetze, gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung (public policy) verstößt^{12, 13}.

III. Beendigung des Vertragsverhältnisses (discharge)

Grundsätzlich wird ein Vertrag durch gehörige Erfüllung beendet. So bestimmt § 386 des Restatement of the law of contracts, dass "a contractual duty is discharged by the exact performance thereof."

Im weiteren sieht das Restatement ähnliche Beendigungsgründe, wie wir sie im allgemeinen Teil unseres OR finden, vor. §§ 385 und 406 ff. bestimmen unter anderem, dass die Aufhebung des Vertrages durch übereinstimmende Willenserklärung beider Parteien (rescission by agreement of the parties) oder durch einen neuen Vertrag (discharge by assignment, novation or contract for the benefit of a third

11 Vgl. Zweigert/Kötz 51.

12 Restatement contracts § 512: "A bargain is illegal ... if either its formation or its performance is criminal, tortious, or otherwise opposed to public policy."

Weitere Tatsachen, welche die Nichtigkeit zur Folge haben "when fraud, misrepresentation or duress renders the transaction void" vgl. § 475, 494 Restatement contracts.

13 Zusammenfassend setzt § 19 des Restatement of the law of contract die allgemeinen Voraussetzungen für die Entstehung eines gültigen, formlosen Vertrages folgendermassen fest:

"The requirements of the law for the formation of an informal contract are:

- a) A promisor and a promisee each of whom has legal capacity to act as such in the proposed contract;
- b) A manifestation of assent by the parties who form the contract to the terms thereof, and by every promisor to the consideration for his promise, ...
- c) A sufficient consideration ...
- d) The transaction, though satisfying the foregoing requirements, must be one that is not void by statute or by special rules of the common law."

person, §§ 423 ff.) möglich ist. Dabei braucht die ursprüngliche Vertragsform für den neuen Vertrag nicht eingehalten zu werden. Eine rechtsgültige mündliche Parteiabrede kann einen schriftlichen Vertrag aufheben¹⁴.

IV. Vertragsverletzung (*breach of contract*)

Unter dem Begriff der Vertragsverletzung sollen alle jene Sachverhalte zusammengefasst werden, in welchen die tatsächlich erbrachte Leistung in irgend einer Form, und aus welchem Grund auch immer, nicht der vertraglich vorgesehenen entspricht¹⁵.

Grundsätzlich wird jede Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung als Vertragsverletzung angesehen¹⁶.

Der Tatbestand der *breach of contract* ist somit erfüllt, sobald der vertraglich zugesagte Erfolg nicht herbeigeführt wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Schuldner seine Leistung überhaupt nicht, schlecht, zu spät oder sonstwie nicht so wie versprochen erbringt. Allein massgebend ist der Umstand, dass die vertraglich übernommene "Garantie", die "promise" nicht eingehalten wurde.

14 § 385 gibt einen Überblick über die Beendigungsgründe:

"1) A contractual duty or a duty to make compensation for breach of a contractual duty may be discharged, ... by

- a) performance of the duty;
- b) occurrence of a condition subsequent;
- c) breach by the other party or failure of consideration, or frustration;
- d) release or contract not to sue;
- e) rescission by agreement of the parties;
- f) renunciation, rejection of tender or executed gift;
- g) accord and satisfaction;
- h) account stated;
- i) assignment, novation or contract for the benefit of a third person;
- k) cancellation or surrender, if the contract is formal;
- l) alteration of a written contract;
- m) merger;
- n) *res judicata*;
- o) incapacity of the parties to retain the right-duty relation;
- p) acquisition by the debtor of the correlative right;
- q) the rules governing joint debtors;
- r) the rules governing sureties;
- s) impossibility;
- t) illegality of a contract or its enforcement;
- u) bankruptcy.
- 2) ..."

15 § 312 des Restatement of the law of contracts definiert die Vertragsverletzung folgendermassen: "A breach of contract is a non-performance of any contractual duty of immediate performance. A breach may be total or partial, and may take place by failure to perform acts promised, by prevention or hindrance, or by repudiation."

16 Restatement contracts § 314: "A failure, without justification, to perform all or any part of what is promised in a contract, is a breach thereof."

Im Gegensatz zu unseren gesetzlichen Bestimmungen unterscheidet somit das amerikanische Recht nicht zwischen Unmöglichkeit und Verzug. Diese Systemverschiedenheit folgt aus der Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im amerikanischen Recht, welches den Vertrag als ein "Garantieversprechen" auffasst und bei Nichteinhaltung dieser "promise" dem Gläubiger grundsätzlich, ohne dass zusätzlich ein Verschulden des Schuldners notwendig wäre, einen Schadenersatzanspruch wegen breach of contract gewährt¹⁷.

Ein Verschulden ist irrelevant und muss demnach nicht nachgewiesen werden. Wir werden allerdings sehen¹⁸, dass die Gerichte die sog. professional contracts, d.h. Verträge mit Angehörigen von besonderen Berufsgruppen, wie etwa mit Ärzten, Anwälten, Architekten usw. gesondert, und nach von den Grundprinzipien der Vertragslehre etwas abweichenden Kriterien behandelt.

Der Gläubiger, der die ihm versprochene Leistung nicht vertragsgemäss empfangen hat, ist grundsätzlich auf eine Klage auf Schadenersatz in Geld beschränkt¹⁹.

§ 4. Unerlaubte Handlung (law of torts)

Im Gegensatz zum begrenzten Umfang unseres kodifizierten Deliktsrechts, welches die Voraussetzungen und Folgen der unerlaubten Handlungen in 21 Artikeln behandelt, umfasst das amerikanische Restatement of the law of torts annähernd tausend Paragraphen.

I. Allgemeiner Überblick

Als Folge des amerikanischen Rechtssystems des "case law", hat sich im common law das Deliktsrecht von einzelnen Spezialtatbeständen ausgehend entwickelt. Die unzähligen Möglichkeiten der Schadensereignisse erklären denn auch den grossen

¹⁷ Vgl. Zweigert/Kötz 188, 206 f.

¹⁸ Siehe hinten 73.

¹⁹ Eine mit unserem Recht vergleichbare Klage auf Erfüllung ist nur ausnahmsweise möglich. Ausgeschlossen ist ein solcher Anspruch auf "specific performance" immer dann, wenn der Haftpflichtige auf Grund des Vertrages eine Dienstleistung zu erbringen hat, so etwa beim Anwaltsvertrag.

Uns wird im folgenden demnach nur die Schadenersatzpflicht in Form einer Geldleistung (damages) beschäftigen, welche § 326 des Restatement contracts folgendermassen umschreibt: "The judicial remedies for breach of contract ... are judgments and decrees for

a) damages, meaning a sum of money awarded as compensation for injury caused by a breach of contract;

..."

Raum, welchen das law of torts – infolge seiner beinahe unüberschaubaren Anzahl von Präzedenzfällen²⁰ – im amerikanischen Recht einnimmt.

Während sich im Laufe der Zeit im schweizerischen Recht eine deliktische Generalklausel bildete und Gesetz wurde (OR 41) hält das anglo-amerikanische Recht an Fallgruppen und Falltypen fest.

“Tort” wird, wie unsere unerlaubte Handlung, als eine gesetzeswidrige, zu Schadenersatzpflicht führende Handlung definiert, welche nicht auf einer Vertragsverletzung beruht²¹.

Das common law unterscheidet zwischen vorsätzlichen Delikten (trespass) und Fahrlässigkeit (negligence). Der Tatbestand der negligence bildet in der Praxis den wichtigsten Deliktstyp.

II. Begriff der Fahrlässigkeit (negligence)

In seiner allgemeinen Bedeutung bezeichnet der Begriff “negligence” einen Mangel an Sorgfalt, eine Nachlässigkeit oder Unaufmerksamkeit, kurz ein unsorgfältiges Verhalten. Davon muss der Deliktatbestand “negligence” scharf unterschieden werden. In diesem engen, spezifisch rechtstechnischen Sinn bedeutet negligence die “Ausserachtlassung der angemessenen Sorgfalt, die ein vernünftiger und vorsichtiger Mann (reasonable und prudent man) unter den gleichen Umständen angewendet haben würde, wenn hiedurch der Kläger ohne eigenes Verschulden (contributory negligence) an seiner Person oder seinem Vermögen einen Schaden erlitten hat”²².

III. Voraussetzungen der Haftung aus Fahrlässigkeit

Die Voraussetzungen der Haftung aus negligence sind die Existenz eines Schadens (injury or damage) für den Ersatz verlangt wird, und welcher der Haftpflichtige durch Verletzung (breach) einer Sorgfaltspflicht (duty of care) verursacht hat (causation)²³.

Ausserdem muss der Geschädigte, um mit seiner Klage durchdringen zu können, selber frei von Verschulden sein. Hat er das Gefahrenrisiko (assumption of risk) auf

20 Im Jahre 1960 entsprangen 72% aller Prozesse dem law of torts; vgl. Parker 168.

21 Vgl. IECL vol. XI, ch. 1, n. 6: “there are three elements in the concept of tort ...:

a) an injury inflicted; b) which the law will redress; and c) which does not constitute a breach of contract or, more precisely, which exists independently of any contractual relation.”

22 Parker 176, vgl. Zweigert/Kötz 329.

23 Mehr dazu hinten 67 ff.

sich genommen, so hat er keinen Klagegrund²⁴. Ebenso hat er keinen Schadenersatzanspruch, wenn ihm ein Selbstverschulden (contributory negligence) zur Last fällt, das der Haftpflichtige einredeweise geltend machen kann.

Ein Mitverschulden (comparative negligence) des Geschädigten, welches nicht zum Ausschluss des Anspruches, sondern nur zur Reduktion der Schadenersatzsumme führt, kann nur dort geltend gemacht werden, wo es durch die Gesetzgebung eingeführt wurde. In einigen wenigen Staaten gilt dieser Rechtsgrundsatz für alle Fahrlässigkeitsprozesse²⁵.

§ 5. Berufshaftung (professional responsibility bzw. professional liability)

I. Begriff und Abgrenzung

Der Ausdruck "professional responsibility" bzw. "professional liability" umfasst ganz allgemein die Verantwortung, welche ein Berufsmann bei Ausübung seines Berufes trägt. Unter diesen Begriff fällt somit nicht nur die zivilrechtliche Haftung, sondern auch die straf- und disziplinarrechtliche Verantwortung. Uns soll im folgenden nur die zivilrechtliche Haftung (civil liability) beschäftigen.

II. Kein Sonderrecht

Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass das pragmatisch orientierte common law nicht dazu neigt, den Rechtsstoff begrifflich und systematisch durchzuformen. So kommt es, dass das amerikanische Recht zwar den Begriff der "professional responsibility or liability" durchaus kennt, aber man versteht darunter keine scharf umrissene Rechtsmaterie, sondern es geht dabei eher um die Behandlung – in relativ unbestimmter Form – gewisser allgemeiner Problemkreise der Berufshaftung.

²⁴ Vgl. Parker 179.

²⁵ § 281 des Restatement of torts fasst "the elements of a cause of action for negligence" folgendermassen zusammen:

"The actor is liable for an invasion of an interest of another, if:

- a) the interest invaded is protected against unintentional invasion, and
- b) the conduct of the actor is negligent with respect to such interest or any other similar interest of the other which is protected against unintentional invasion, and
- c) the actor's conduct is a legal cause of the invasion, and
- d) the other has not so conducted himself as to disable himself from bringing an action for such invasion."

III. *Allgemeine Sorgfaltspflicht (duty of care)*

Ein erster allgemein erörterter Fragekreis betrifft die “duty of care”, d.h. die Sorgfaltspflicht und die Bestimmung des Masses der Sorgfalt, die von einem Angehörigen eines freien Berufes verlangt wird. Zu den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, welche bestimmen, wie z.B. ein Anwalt zu handeln hat, um einer Haftung zu entgehen, kommen gewisse Standesregeln (z.B. für die Anwälte der code of professional responsibility of the American Bar Association [ABA]). Sie umschreiben zusätzlich die geforderte durchschnittlich sorgfältige Berufsausübung²⁶.

IV. *Berufshaftung aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung*

Weiter stellt sich die Frage, gestützt auf welche rechtlichen Grundlagen und unter welchen Voraussetzungen der Angehörige eines freien Berufes infolge von “negligence”, i.S. einer “breach of his duty of care” schadenersatzpflichtig wird. Die amerikanische Rechtsprechung beantwortet diese Frage nicht einheitlich. Die Natur der professional liability kann sowohl vertraglich (als Folge einer breach of promise) wie auch ausservertraglich (in tort, infolge einer Verletzung der allgemein geforderten duty of care) sein. Das common law sieht bei den sog. “liberal professions” eine grundlegende, von einer vertraglichen Beziehung unabhängige duty of care vor. Es gilt grundsätzlich das Prinzip, dass – wird die Existenz eines Vertrages bejaht – sowohl eine vertragliche, als auch eine ausservertragliche Haftung möglich ist. Fehlt es an einer vertraglichen Beziehung, so vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, dass eine Haftung aus unerlaubter Handlung, im Sinne der Verletzung dieser “grundlegenden duty of care”, immer gegeben sein soll²⁷. Mehrere Urteile verschiedener Gerichte bejahen jedoch eine Haftung nur, wenn der Klient eine vertragliche Beziehung nachweisen kann²⁸.

§ 6. Allgemeine Voraussetzungen der Berufshaftung

I. *Vertrag*

Wir haben festgestellt, dass die amerikanischen Gerichte mangels einheitlicher Kriterien im case law, keine klare Grenze zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Berufshaftung ziehen. Wie unser schweizerisches Haftpflichtrecht bestimmt

26 Vgl. Kötz, Vers.R. 1974, 613 ff.

27 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6, n. 4.

28 Siehe hinten 67/8, 78 ff.

auch das amerikanische Recht, dass die Frage nach der Existenz eines rechtsgültigen Vertrages erste Voraussetzung ist, damit ein Kläger überhaupt "in contract" und nicht ausschliesslich "in tort" klagen kann. Andererseits haben amerikanische Gerichte für die unsorgfältige Ausführung einer Vertragspflicht, eine Haftung ausschliesslich aus unerlaubter Handlung, und nicht aus Vertrag, bejaht, ein Tatbestand, welcher gemäss schweizerischem OR vorerst eine Vertragsklage begründen würde²⁹.

Daraus folgt, dass der amerikanische Klient zwar die Existenz eines rechtsgültigen Vertrages beweisen kann, und in gewissen Fällen auch beweisen muss, dass jedoch die Folgen – sollte ihm dieser Beweis nicht gelingen – für ihn möglicherweise weniger streng sein werden, als für den schweizerischen Klienten, da das common law auf Grund der allgemein geforderten duty of care, bei deren Verletzung eine liability in tort vorsieht³⁰.

Im Gegensatz dazu wird ein schweizerischer Richter nur selten eine ausservertragliche Haftung des Anwalts bejahen, nachdem es dem Klienten nicht gelungen ist, die Existenz eines rechtsgültigen Vertrages nachzuweisen. Unser Recht kennt den, dem common law eigenen Grundsatz der allgemein geforderten "duty of care of the professional" nicht in dieser Weise, und eine unerlaubte Handlung i.S. von OR 41 liegt in den seltensten Fällen vor.

Anders liegt allerdings der Fall bei einer Vertragsverletzung, welche nicht die allgemeine duty of care betrifft, so etwa die Weigerung des "Beauftragten" – trotz rechtsgültiger Abmachung – die nötigen Schritte zur Erfüllung der geschuldeten Leistung überhaupt, oder den ausdrücklichen Weisungen seines "Auftraggebers" entgegengesetzt, zu unternehmen. Werden solche vertragspezifische Pflichten verletzt, so bleibt dem amerikanischen Klienten nur die Vertragsklage offen.

II. Fahrlässigkeit (negligence)

A. Grundlegende Fragestellung

Wurde zunächst einmal nachgewiesen, dass dem "professional" eine Pflicht auferlegt ist – sei es die allgemeine Sorgfaltspflicht oder seien es vertragspezifische Pflichten – so muss als nächstes ihre Natur festgestellt und geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen sie als verletzt gilt.

Demnach müssen jeweils folgende zwei Fragen gestellt werden: 1) Welches ist das erforderliche Sorgfaltsmass ganz allgemein, bzw. gemäss welchen Kriterien wird dem Berufsmann als solchem "Unsorgfalt" vorgeworfen, und 2) welches sind seine spezifischen Pflichten in einer konkreten Situation, bzw. wann wird ihn persönlich der Vorwurf der "negligence" treffen?

29 Z.B. *Trimboli v. Kinkel*, A.L.R. 1385 (1919) zit. in IECL vol. XI, ch. 6, n. 99 (fn. 435).

30 IECL vol. XI, ch. 6, n. 17: "Where the remedy for breach of duty is considered to lie in tort, any allegation as to contract will be treated merely as a matter of persuasion to show the relationship between the parties."

B. Allgemeine Leistungspflicht

Im amerikanischen wie im schweizerischen Recht steht ein Anwalt oder ein Arzt nicht für den Enderfolg seiner Bemühungen ein, sondern lediglich für eine sorgfältige, "kunstgerechte" Ausführung seiner Berufspflichten. Er wird demnach für einen Misserfolg per se nicht haftbar, da er grundsätzlich keine "Garantie" (promise) für einen positiven Ausgang übernommen hat. "Every person who enters into a learned profession undertakes to bring to the exercise of it a reasonable degree of care and skill. He does not undertake, if he is an attorney, that at all events you shall gain your case, ... he undertakes to bring a fair, reasonable and competent degree of skill"³¹, wobei nicht ein Mangel an "skill" als solcher schuldhaft sein wird, sondern der Umstand, dass ein Fachmann eine Aufgabe *übernimmt*, obwohl ihm der dazu nötige "skill" fehlt.

C. Das Sorgfaltsmass

Vom Berufsmanne wird verlangt, dass er "*complete care*" ausübe, d.h. seine individuellen, bestmöglichen Fähigkeiten und Kenntnisse voll einsetzt, wobei diese nicht unter den Standard fallen dürfen, welcher von einer "reasonable, careful professional person" unter den gegebenen Umständen erwartet wird. Er haftet für jedes Verschulden.

Die amerikanischen Gerichte berücksichtigen, wie auch die schweizerischen Richter, die konkreten Umstände und bestimmen von Fall zu Fall, ob eine negligence vorliegt oder nicht, ohne jedoch dabei leichte und grobe Fahrlässigkeit zu unterscheiden.

Geprüft wird demnach, ob der Beklagte, unter den gegebenen Umständen, das Mass an Sorgfalt erbracht hat, welches dem Durchschnittsverhalten eines vorsichtigen und sorgfältigen Fachmannes "of the same skill" entspricht.

D. "Überdurchschnittliche Kenntnis, Fertigkeit und Intelligenz" (superior knowledge, skill and intelligence)

Wir haben gesehen, dass allgemein ein "minimal standard" verlangt wird, unter den ein Individuum nicht fallen darf, will er nicht für "negligent conduct" haftpflichtig werden. Dazu kommt für den Berufsmann, welcher seine besonderen Dienst-

31 Lanphier and Wife v. Phipos zit. in IECL vol. XI, ch. 6, n. 22.

leistungen anbietet und sich so als "professional man" zu erkennen gibt, die Erfordernis, sich dem "guten Berufsniveau" gemäss zu verhalten³².

Die amerikanischen Gerichte gehen noch weiter, indem sie von einem Spezialisten wiederum mehr erwarten, als von einem "professional man in general"³³.

E. Das Kriterium der Berufsfahrlässigkeit (professional negligence)

Das Kriterium der Fahrlässigkeit ist im common law wie im schweizerischen Recht ein objektives. Ein konkretes Verhalten wird mit einem Durchschnittsverhalten (standard) verglichen. Um diesen Standard zu bestimmen, werden nicht die individuellen Fähigkeiten eines bestimmten Angehörigen der gleichen Berufsgruppe berücksichtigt, sondern die berufsspezifischen Qualitäten und Fähigkeiten, welche die Öffentlichkeit allgemein von einer Person, die sich als "Spezialist" zu erkennen gibt, erwartet³⁴.

III. Schaden (*damage*) und Schadenersatz (*damages*)

Neben dem Beweis der Sorgfaltspflichtverletzung durch den Anwalt, hat der Klient im common law wie in unserem Recht seinen Schaden zu beweisen:

A. "Ausgleichender" Schadenersatz (compensatory damages)

Im common law wird die sekundäre Leistungspflicht des Anwalts infolge seiner Pflichtverletzung regelmässig in Form einer dem Klienten zugesprochenen Geld-

32 Vgl. Prosser, law of torts 165: "he will ordinarily be understood to hold himself out as having standard professional skill and knowledge ... he must have the skill and learning commonly possessed by members of the profession in good standing; and he will be liable if harm results because he does not have ... the minimum common skill which is to be looked to."

33 Vgl. Prosser, a.a.O. 164 am Beispiel des Facharztes: "a physician who is possessed of *un-usual* skill or knowledge must use care which is reasonable in the light of his *special* ability and information, and may be negligent where an ordinary doctor would not ... those who undertake any work calling for special skill, are required *not only* to exercise *reasonable* care in what they do, *but* also to possess a standard minimum of *special* knowledge and ability."

und Harris v. Fall zit. bei Prosser S. 164: "his own best ability, skill and care, over and above the minium standard."

34 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6, n. 30.

summe bestehen. Dieser "ausgleichende"³⁵ Schadenersatz soll den Kläger möglichst in eine ebenso günstige Lage versetzen, wie dies der Fall wäre, hätte der Beklagte seine Pflichten sorgfältig erfüllt. Dieser Grundsatz gilt bei Klagen sowohl aus Vertragsbruch als aus unerlaubter Handlung.

Geschützt ist dasjenige Interesse, welches der Klient an einer gehörigen Vertragserfüllung (oder einer sorgfältigen Ausführung seiner general duty of care) hat. Dieses lässt sich demnach mit dem positiven Erfüllungsinteresse der schweizerischen Terminologie vergleichen.

Dem Klienten wird sowohl der effektive, als auch der entgangene Gewinn ersetzt.

Folgende Grundprinzipien beherrschen dieses "compensatory principle"³⁶:

1. *Schaden*

Zugesprochen und berechnet werden "damages" auf Grund des Schadens, welcher dem Klienten entstanden ist (loss) und nicht auf Grund eines eventuellen Vorteils (gain) des Anwalts. Die Definition des Schadens ist im amerikanischen Recht nicht anders als im schweizerischen; im engen Sinne bedeutet "loss" eine Beeinträchtigung – welcher Art auch immer – des Vermögens.

2. *Verbot der Bereicherung*

Es gibt in einigen Staaten von Amerika Gesetzesregelungen, welche bestimmen, dass die zugesprochene Ersatzsumme den Schaden nicht übersteigen darf. Dieses Prinzip des Verbots einer Bereicherung des Klägers gilt in allen amerikanischen Staaten, auch ohne entsprechendes ausdrückliches Gesetz.

3. *Beweis des Schadens*

Der Kläger hat nur dann einen Anspruch auf compensatory damages, wenn er einen Schaden erlitten hat und diesen auch beweisen kann.

35 Im wesentlichen wird es sich dabei um sog. "compensatory damages" handeln, welche das Restatement of contracts in § 329 definiert: "Where a right of action for breach exists, compensatory damages will be given for the net amount of the losses caused and gains prevented by the defendant's breach, in excess of savings made possible, if established ..."

36 Vgl. IECL vol. VII, ch. 16, N. 42 ff.

4. *Wahrscheinlichkeitsbeweis*³⁷

Die amerikanische Rechtsprechung hat ähnlich wie unsere Gerichte die Erfordernisse an den genauen Beweis des Schadens gemildert, wenn die Natur dieses Schadens nur einen schätzungsweisen Beweis ermöglicht. In diesen Fällen genügt ein Wahrscheinlichkeitsbeweis (*reasonable certainty*).

B. *Zusätzlicher Schadenersatz als Strafe*³⁸

Das common law sieht bei unerlaubten Handlungen, welche grobfahrlässig und in rücksichtsloser Art begangen wurden, sog. "exemplary or punitive damages" vor, welche, zusätzlich zum Ersatz des effektiven Schadens, dem Beklagten als Strafe auferlegt werden. Bei Vertragsklagen werden solche punitive damages nur ganz ausnahmsweise zugesprochen, z.B. bei Verlöbnißbruch oder bei Vertragsverletzungen, welche deliktische Elemente beinhalten. In Fällen der professional liability wird dem Haftpflichtigen eine solche Strafe wohl kaum je auferlegt werden.

Von diesen punitive damages müssen die "damages for injured feelings or mental sufferings" im Sinne einer Genugtuung unterschieden werden. Diese gelten als "compensatory", da sie eine immaterielle Unbill des Klägers wiedergutmachen sollen und nicht im Sinne einer Strafe dem Beklagten auferlegt werden³⁹.

C. *Symbolischer Schadenersatz*⁴⁰

Hat der Kläger keinen Schaden erlitten, oder kann er ihn nicht beweisen, so steht ihm unter Umständen bei einer Vertragsklage (und bei gewissen vorsätzlichen Delikten) anstelle der compensatory damages, ein Anspruch auf sog. "nominal damages" im Sinne eines symbolischen vom Schaden unabhängigen – Geldbetrages zu⁴¹.

Die Möglichkeit einer solchen Verurteilung des Haftpflichtigen, welcher einen symbolischen Betrag, meist eine minimale Summe, zu bezahlen hat, findet ihren Ursprung im frühen common law, das Feststellungsurteile nicht zuließ. Mit der

37 "rule of reasonable certainty".

38 "exemplary or punitive damages".

39 Siehe zur Frage der Genugtuung hinten 73.

40 "nominal damages".

41 Restatement contracts § 328: "Where a right for breach exists, but no harm was caused by the breach, or the amount of harm caused thereby is not substantial or is not so established that compensatory damages will be given under the rule stated in § 329, judgment will be given for nominal damages, a small sum fixed without regard to the amount of harm."

Zusprechung von nominal damages umgingen die Gerichte dieses – heute nicht mehr gültige – Verbot.

D. Genugtuung

Eine Genugtuungssumme wird dem Kläger bei einer breach of contract im allgemeinen nicht zugesprochen, es sei denn, die Vertragsverletzung sei “wanton” (mutwillig) oder “reckless” (rücksichtslos). Wird der Beklagte auf Grund einer unerlaubten Handlung haftpflichtig, so bestimmt das case law von Fall zu Fall, je nach Delikt, ob eine “compensation for non-pecuniary harm” zugesprochen werden kann oder nicht⁴².

E. Grad des Verschuldens

Anders als im schweizerischen Haftpflichtrecht spielt im amerikanischen Recht – bei Klagen aus unerlaubter Handlung – der Grad des Verschuldens für die Bemessung der compensatory damages keine Rolle. Bei Vertragsklagen ist das Verschulden des Anwalts überhaupt irrelevant, da ja, wie bereits erwähnt, die bloße breach of promise genügt, um den Anwalt grundsätzlich haftbar zu machen⁴³.

F. Mitverschulden (mitigation and contributory negligence)

Zu einer Reduktion der zugesprochenen Schadenersatzsumme kann es kommen, wenn der Kläger den Schaden wenigstens teilweise hätte verhindern können (mitigate damages). Ebenfalls unter diesen Begriff der mitigation fällt gegebenenfalls eine Vorteilsanrechnung (bring the benefit into account),

Eine weitere Situation, welche die Schadenersatzbemessung beeinflussen kann, ist die bereits vorne besprochene “contributory negligence” des Klägers, den selber ein Verschulden trifft. Dieser Grundsatz, welcher primär in tort cases geltend gemacht werden kann, wird heute auch bei Vertragsklagen berücksichtigt.

Während früher die Gerichte bei einem solchen “Mitverschulden” nur die Wahl hatten, die Klage entweder abzuweisen oder gutzuheissen (bei Bejahung bzw. Ver-

42 Vgl. IECL vol. VII, ch. 16, n. 110.

43 Grobes Verschulden kann aber punitive damages zur Folge haben. Vgl. IECL vol. VII, ch. 16, n. 97.

neinung einer contributory negligence) gibt die neuere Rechtsprechung den Gerichten die Möglichkeit, die Klage zwar gutzuheissen, den Anspruch aber wegen contributory negligence zu reduzieren⁴⁴.

IV. Kausalzusammenhang (causation or foreseeability)

Ist es dem Klienten gelungen, eine Vertrags- oder allgemeine Sorgfaltspflichtenverletzung durch den Anwalt und einen ihm daraus entstandenen Schaden zu beweisen, so hat er den weiteren Beweis zu erbringen, dass ohne das unsorgfältige Verhalten nicht der gleiche Schaden entstanden wäre.

Hier müssen wir – rechtstheoretisch – zwischen “contractual liability” und “tort liability” unterscheiden:

Bei der *unerlaubten Handlung* wird gefragt, ob das fahrlässige Verhalten als “proximate cause” (unmittelbare Ursache) des Schadens angesehen werden kann, oder ob die Schadensfolge nicht schon “too remote” (zu entfernt) ist, als dass sie dem Haftpflichtigen noch zugerechnet werden könnte. Das common law folgt aber nicht unserer Adaequanztheorie, sondern eher der Theorie der “wirksamen Bedingung”⁴⁵: Der Anwalt, der fahrlässig und kausal wirksam gehandelt hat, wird auch ersatzpflichtig, wenn er den Ausgang seiner Handlungsweise nicht voraussehen konnte, das Resultat somit als gänzlich atypisch betrachtet werden muss^{46, 47}.

Bei der *Haftung aus Vertrag* wird dagegen untersucht, ob der Schaden bei Vertragsabschluss von den Parteien als im Bereich des Möglichen hätte vorausgesehen werden können (within the reasonable contemplation of parties)⁴⁸.

44 Vgl. vorne 66. Den Unterschied der contributory negligence und der mitigation – zwei Situationen, welche ein schweizerischer Jurist beide unter den Begriff des Mitverschuldens subsumieren kann – umschreibt das common law folgendermassen:

IECL vol. VII, ch. 16, n. 100: “in the contributory negligence situation the plaintiff is partly responsible for bringing about the event which causes the loss, while in the mitigation situation the plaintiff can only be charged with failing to take positive steps to avoid the harmful effects of an event brought about solely by the defendant’s default.”

45 Vgl. Restatement of torts § 431: “substantial factor in bringing about the harm ...”

46 Restatement of the law of torts § 435: “If the actor’s conduct is a substantial factor in bringing about harm to another, the fact that the actor neither foresaw nor should have foreseen the extent of the harm or the manner in which it occurred does not prevent him from being liable.”

47 Vgl. Parker 176; vgl. Zweigert/Kötz 330.

48 Vgl. IECL vol. VII, ch. 16, n. 98 und Restatement contracts § 330: “In awarding damages, compensation is given for only those injuries that the defendant had reason to foresee as a probable result of his breach when the contract was made. If the injury is one that follows the breach in the usual cause of events, there is sufficient reason for the defendant to foresee it; otherwise, it must be shown specifically that the defendant had reason to know the facts and to foresee the injury.”

Der praktische Wert dieser dogmatischen Unterscheidung zwischen “proximate cause” und “foreseeability” ist allerdings gering. Ausserdem gibt es weder für den einen noch für den anderen Begriff eine allgemeingültige Umschreibung. Die Gerichte werden – innerhalb gewisser Richtlinien – von Fall zu Fall entscheiden müssen, ob ein Schaden dem Haftpflichtigen zuzurechnen ist oder nicht⁴⁹.

V. Verschulden (*fault*)

Im Gebiete der Berufshaftpflicht wurde, in Abweichung der allgemeinen Regel des anglo-amerikanischen Rechts, wonach bei einer breach of contract ein zusätzliches Verschulden nicht nachgewiesen werden muss, eine der professional liability eigene Grundregel statuiert:

Eine Verletzung der duty of care begründet nur dann eine Haftpflicht (aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung), wenn der Beklagte schuldhaft gehandelt hat⁵⁰.

Wie unser Zivilrecht bestimmt auch das common law, dass der Kläger – in tort – diejenigen Tatbestände zu beweisen hat, welche in der konkreten Situation das Verschulden des Beklagten begründen. Bei der Vertragsklage dagegen trägt im common law, dogmatisch anders als in unserem Recht, grundsätzlich der Kläger auch für die negligence die Beweislast. Das Verschulden wird nicht wie bei uns präsumiert. In der Praxis wird auch dieser rechtstheoretische Unterschied indessen kaum je zu verschiedenen Resultaten führen, da die sog. “rule of res ipsa loquitur” dem Klienten die Beweisführung erleichtert: Gelingt es ihm nicht, das Verschulden unmittelbar und eindeutig zu beweisen, so kann das Gericht dennoch davon ausgehen, dass das Verhalten des Anwalts – im Vergleich zu anderen, dem konkreten Fall entsprechenden Geschehensabläufen, bei welchen normalerweise ein Verschulden bejaht wurde – in dem ihm unterbreiteten Streitfall in diesem Sinne ebenfalls schuldhaft ist.

Diese doctrine of res ipsa loquitur wurde bereits 1865 in einem Englischen Leadingcase festgelegt⁵¹.

49 Prosser, Handbook of the law of torts (1964) 288: “it is always to be determined on the facts of each case upon mixed considerations of logic, common sense, justice and precedent ... the best use that can be made of the authorities on proximate cause is merely to furnish illustrations of situations which judicious men upon careful consideration have adjudged to be one side of the line or the other.”

50 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6, n.50: “Fault ... is the main basis of a claim for malpractice either in contract or in tort.”

51 Scott v. London & St. Katherine Docks Co. zit. bei Zweigert/Kötz 375: “There must be reasonable evidence of negligence. But where the thing is shown to be under the management of the defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it affords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendant, that the accident arose from want of care.”

Diese Erleichterung der Beweislast kommt praktisch gesehen unserer Präsump­tion des Verschuldens sehr nahe. Es wird im allgemeinen genügen, wenn der Klient be­weisen kann, dass der Anwalt nicht sorgfältig gehandelt hat. Dadurch beweist er grundsätzlich auch eine negligence. Dem Anwalt steht dann allerdings auch der Be­weis offen, dass ihn kein Verschulden trifft.

VI. Schlussfolgerung

Dieser Überblick über die professional liability zeigt uns, wie das amerikanische und das schweizerische Recht – trotz einiger dogmatischer Unterschiede – dieselben wesentlichen Rechtsfragen stellen und gleichermassen beantworten, was – in der Praxis – dazu führt, dass, in einem konkreten Haftpflichtfall, die schweizerischen und amerikanischen Gerichte ähnlich urteilen und – einige vorbehalten – zu glei­chen Endresultaten kommen werden.

3. Abschnitt

Berufshaftung des Rechtsanwalts (attorney's liability)

§ 7. Faktische Lage ("legal climate")

Anwaltshaftpflichtprozesse haben in den USA in den letzten Jahren erheblich an Zahl zugenommen¹. Die Gründe dieser Vermehrung der Haftpflichtprozesse sind vielfältig. Ins Gewicht fällt sicher einmal die sog. "claim consciousness" der Bürger, welche, als Folge der – in den USA besonders rapiden – sozialen, technischen und industriellen Entwicklung, ein Bedürfnis nach erhöhter Sicherheit haben. Sie werden sich bewusster, welches die Schutz- und Ersatzmöglichkeiten sind, welche einen Ausgleich für ihre bedrohte oder verletzte Rechtssphäre schaffen können².

Die Mehrzahl der Haftpflichtprozesse (malpractice claims) entstehen auf Grund einer der folgenden drei Situationen:

- Ein Klient, in seinen Erwartungen enttäuscht, erhebt gegen seinen Anwalt Ersatzansprüche mit der Begründung, dass er, infolge einer negligence seines Anwalts, nicht zu dem Recht gekommen sei, das ihm – seiner Meinung nach – zusteht. In den meisten Fällen, in welchen die Erfolgserwartungen des Klienten nicht erfüllt werden, gründet die Unzufriedenheit des Klienten auf einer mangelhaften Information über die Entwicklung der Angelegenheit durch den Anwalt.
- Die häufigsten malpractice claims ergeben sich in Form einer Widerklage des Klienten innerhalb eines Prozesses, in welchem der Anwalt seinen Klienten auf Bezahlung der geschuldeten Honorare einklagt.
- Ein weiterer Grund für malpractice claims scheint die sog. "adversary situation" zu sein. Die Parteien haben jegliches Vertrauen zueinander verloren, und der Anwalt riskiert – sollte der Klient nicht, wie von ihm erwartet, zu seinem Recht kommen – einen möglicherweise völlig ungerechtfertigten und unbegründeten Prozess³.

§ 8. Stellung und Funktion des Anwalts

Die Stellung des attorney innerhalb der Gesellschaft und der allgemeinen Rechtspflege wird durch öffentlichrechtliche Normen bestimmt, so etwa die Organisation und Kontrolle des Anwaltsberufes, vor allem die Zulassungsbestimmungen und allgemein das Standesrecht (rules of legal ethics). Dazu kommen noch verwaltungsinterne Weisungen, welche die Funktion des Anwalts definieren und die Vorausset-

¹ Dies bestätigte 1977 das ABA National Institute: "a recent ABA National Institute on Professional Liability of Trial Lawyers held in New York City indicates that the legal profession ... may be in for a malpractice crisis ..." (45 LW 2535).

² Vgl. Kötz, VersR. 1974, 614.

³ Vgl. 45 LW 2536.

zungen und den Umfang seiner Berufshaftung bestimmen. Von wesentlicher Bedeutung ist der "Code of Professional Responsibility of the American Bar Association (ABA)".

§ 9. Reichweite und Wirkungen des ABA Code of Professional Responsibility (1969)

Die Verletzung eines "Canon"⁴ durch einen Anwalt kann eine Disziplinarstrafe zur Folge haben. Dies soll uns hier nicht weiter beschäftigen. Nun sind sich aber die amerikanischen Gerichte über die zivilrechtlichen Wirkungen einer Verletzung eines solchen Canon nicht völlig im klaren⁵.

Eindeutig steht fest, dass solche, durch Anwaltsverbände entworfene und angenommene Standesregeln keinerlei Gesetzeswirkung haben können. Indessen anerkennen die Gerichte diese Normen als wegleitend bei der Bestimmung des Durchschnittsverhaltens eines Anwalts und des Sorgfaltsmasses, welches von diesem erfordert wird.

Zahlreiche Urteile zitieren den Code als wegleitend⁶. Solche Urteile sind im common law wesentliche Rechtsquelle und somit Grundlage weiterer Rechtsprechung. So kommt es, dass die durch den Code aufgestellten Grundsätze auch für zivilrechtliche Haftpflichtfälle und nicht ausschliesslich für Disziplinarverfahren zugezogen werden⁷.

§ 10. Einleitende Bemerkung zur Haftung des Anwalts seinem Klienten gegenüber

Wir haben bereits gesehen, dass die Antwort auf die Ausgangsfrage, welcher Natur die Berufshaftung sei, d.h. ob es sich um eine vertragliche oder ausservertragliche Haftung handelt, in den Vereinigten Staaten dogmatisch anders ausfällt als in der Schweiz. Dieser Unterschied soll hier kurz in Erinnerung gerufen werden:

4 Der Code besteht aus 9 Canons.

5 In diesem Sinne zitiert Drinker (26/7) ein Urteil aus dem Staate Illinois: "The American and State Bar Associations are not legislative tribunals, and their Canons of Ethics are not of binding obligation and are not enforced as such by the courts, although they constitute a safe guide for professional conduct in the cases to which they apply, and an attorney may be disciplined by this court for not observing them."

6 Z.B. in re Cohen, 261 Mass. 484, 487 (1928); zit. bei Drinker 27: "Codes of legal ethics adopted by bar associations of course have no statutory force ... They are commonly recognized by bench and bar alike as established wholesome standards of professional action... The Canon thus incorporates in the Code of Ethics an ideal standard of conduct which has been long and well recognized and upheld in theory by both bench and bar."

7 Vgl. N. Redlich, N.Y. Record, march 1975, 200: "We are accountable to a code of Professional Responsibility and to a body of law which has interpreted that code."

In der Schweiz haftet ein Anwalt seinem Klienten gegenüber in der Regel aus Vertrag. Nur ausnahmsweise wird die Frage untersucht, ob dem Anwalt eine unerlaubte Handlung im Sinne von OR 41 zur Last fällt, und somit grundsätzlich eine ausservertragliche Haftung gegeben ist. Die amerikanischen Gerichte dagegen tendieren dazu, einen Anwalt auch dann "in tort" haftbar zu machen, wenn dieser mit seinem Klienten in einer vertraglichen Beziehung steht⁸. Solche Urteile haben eine gewisse Rechtsunsicherheit geschaffen⁹.

In der Praxis hat diese Ungewissheit allerdings kaum Folgen. Der "Standard of conduct" wird "in tort" und "in contract" gleich definiert, und ein malpractice claim führt in der Regel, unabhängig ob in tort oder in contract geklagt wird, zu gleichen Resultaten.

Ausnahmsweise kann jedoch eine Klage für gewisse spezifische Fragen "in tort" anders ausfallen als "in contract". So wird die Schadenersatzbemessung bei einer Vertragsklage restriktiver gehandhabt, als bei einer Klage aus unerlaubter Handlung, weil – bei Vertragsbruch – der Schadenersatz im allgemeinen auf den Betrag beschränkt wird, den die Parteien bei Vertragsabschluss "voraussehen" konnten, während bei der ausservertraglichen Haftung der gesamte kausal verursachte Schaden zu ersetzen ist¹⁰.

Vorteilhafter für den Klienten ist die Vertragsklage, wenn es darum geht zu beurteilen, ob ein Anspruch verjährt ist oder nicht. Im allgemeinen sehen die Staaten für Ansprüche aus Vertrag eine längere Verjährungsfrist vor, oder die Frist beginnt bei Vertragsbruch erst später zu laufen. In einigen Staaten allerdings gelten bei Klagen gegen einen Anwalt besondere Verjährungsbestimmungen (special malpractice statute of limitation)¹¹.

Eine Genugtuungssumme wird in der Regel nur in tort zugesprochen. In malpractice claims wird dem Kläger jedoch auch wenn er "in tort" geklagt hat, kaum je eine solche zugesprochen werden¹².

8 Siehe vorne 67, allg. "duty of care".

9 Dies kommt in einem Artikel der Columb. L.R. aus dem Jahre 1963 (5–8), 1292, klar zum Ausdruck: "But American courts have exhibited disagreement and inconsistency regarding the theory underlying actions for malpractice. Some courts have based liability upon breach of an attorney's implied promise to use reasonable skill and diligence; others have held that the attorney-client relationship creates a duty to employ due care, the violation of which gives rise to liability in tort."

10 Vgl. Columbia Law Review 1963, 1293 fn. 11.

11 Vgl. hinten 92.

12 Vgl. Columbia Law Review 1963, 1294.

§ 11. Beziehung zwischen Anwalt und Klient

I. *Natur der Beziehung zwischen Anwalt und Klient*

Dem amerikanischen Recht ist ein unserem schweizerischen Auftrag entsprechender besonderer Vertragstypus fremd. Die rechtliche Beziehung zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Klienten wird im Williston on contract, unter dem Übertitel "miscellaneous contracts", als selbständiger Vertrag, dem sog. "attorney-client contract", untersucht¹³.

In dem "law of agency" finden wir Analogien zu unserem Auftragsrecht. Die agency umfasst dieselben Grundsätze wie die Stellvertretung in Verbindung mit dem Auftrag im schweizerischen Recht. Uns werden nur diejenigen Normen innerhalb der law of agency interessieren, welche die vertraglichen Rechtswirkungen "nach innen" regeln; diese entsprechen grundsätzlich unserem Auftragsrecht¹⁴.

Der attorney-client contract wird primär durch die vorne¹⁵ bereits dargestellten Grundprinzipien des allgemeinen Vertragsrechts bestimmt. Seine rechtliche Natur wird allerdings durch das besondere Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien geprägt¹⁶.

II. *Entstehung des Vertrages*

Ein Anwaltsvertrag entsteht, im common law wie im schweizerischen Recht durch die Annahme einer Offerte durch den Rechtsanwalt¹⁷.

Der Vertrag ist formlos gültig, er kann ausdrücklich oder konkludent geschlossen werden. Es genügt somit, dass der Klient beim Anwalt Rat sucht und auch bekommt, oder aus dem Verhalten des Anwalts entnommen werden kann, dass er für den Ratsuchenden tätig werden wird.

Die Abmachung eines Honorars ist kein notwendiges essentialia. Auch ein unentgeltlicher Vertrag kann rechtsgültig geschlossen werden¹⁸.

13 Vgl. Vertrag sui generis Williston on contract, 908/913: "The attorney-client relationship is essentially one of agency, and is highly fiduciary in nature and of most delicate, exacting and confidential character, requiring a very high degree of fidelity and good faith."

14 Vgl. Parker 181 ff.

15 Siehe vorne 60 ff.

16 Die Gerichte definieren denn auch den Anwaltsvertrag: "as a relationship of 'uberrima fides' ... requiring a higher degree of responsibility than is demanded from other fiduciaries." (Williston on Contracts 914).

17 Theoretisch kann der Anwalt auch offerieren und der Klient akzeptieren.

18 Vgl. West's 704: D.C. Tex. 1969: "Relation of attorney and client may be implied from conduct of parties and is not dependent on payment of fee or execution of formal contract."

Weiter verlangen die Gerichte, dass der Anwalt – damit der Vertrag “a professional one” ist und nicht nur eine “relation of principal and agent” – im Rahmen seiner anwaltsspezifischen Tätigkeit für den Klienten aktiv wird¹⁹.

Unter dem Begriff “retainer” wird die eigentliche Beauftragung des Anwaltes durch den Klienten verstanden. Dabei unterscheidet man zwischen “general retainer” – womit der Klient sich die “Dienste” eines Anwaltes ganz allgemein für Angelegenheiten, welche auch erst künftig aufkommen können, sichert – und “special retainer” – womit der Anwalt mit einem besonderen, begrenzten Rechtsdienst beauftragt wird²⁰.

III. Vertragsumfang

Der Corpus Juris Secundum behandelt den Umfang des Auftrages bzw. der Vollmacht des Rechtsanwaltes sehr ausführlich, wobei es die einzelnen Anwaltstätigkeiten bzw. Auftragsmöglichkeiten einzeln untersucht, so etwa die Prozessführung im allgemeinen, Verhandlungen vor und nach dem Urteil, Betreibungen, Rekurse und vieles mehr. Allgemein lässt sich sagen, dass die amerikanischen Gerichte die Frage nach dem Vertragsumfang grundsätzlich gleich behandeln, wie der schweizerische Gesetzgeber in OR 396²¹.

Der Anwalt kann somit alle diejenigen Schritte unternehmen, welche notwendig sind, um den spezifischen Auftrag bestmöglichst auszuführen. Ihm obliegt in der Regel die Führung und Kontrolle eines Prozesses; er wählt die Mittel und Argumente, mit welchen er die Rechte seines Klienten verfechten will. Ohne ausdrückliche Weisung des Klienten darf der Anwalt jedoch keinen Prozess anheben oder beenden, über einen Anspruch des Klienten verfügen, eine Schuld anerkennen, einen Vergleich abschliessen, die Angelegenheit einem Schiedsgericht unterbreiten usw.²².

19 Vgl. CJS 850 n. 78: “To constitute the relation a professional one and not merely one of principal and agent, the attorney must be employed either to give advice on a legal point, to prosecute or defend an action in a court of justice, or to prepare and draft, in legal form, such papers as deeds, wills, contracts, and the like.”

20 “Retainer” heisst auch die dem Anwalt vom Klienten bei Vertragsschluss als Vorauszahlung auf das Honorar übergebene Summe (Honorarvorschuss).

21 Vgl. CJS 897: “the authority of an attorney generally extends ... to those acts of commission or omission for which the client has given express, implied, or apparent authority.”

22 West’s 717, D.C. Fla. 1964: “Attorney, by virtue of his retainer has authority to do on behalf of his client all acts, in or out of court, necessary or incidental to accomplishment of purpose for which he was retained and it is attorney’s proper function to act in representative capacity in protecting another person in exercise of his legal rights and duties and in counseling, advising and assisting him in relation thereto.”

IV. *Beendigung des Vertragsverhältnisses*

In der Regel beendet die Erfüllung der Aufgabe, für welche der Anwalt beauftragt wurde, das Vertragsverhältnis.

Der Vertrag kann auch jederzeit durch übereinstimmende Willensäußerung der Parteien aufgehoben werden.

Anders als unser Art. 404 OR, welcher für beide Vertragsparteien gleichermassen ein Widerrufsrecht vorsieht, behandeln die amerikanischen Gerichte die Parteien des attorney-client contract verschieden:

A. "Widerruf" durch den Klienten

Der Klient hat das Recht, seinen Anwalt zu "entlassen" (discharge, dismiss) und somit das Vertragsverhältnis aufzulösen. Dieses Recht steht ihm jederzeit zu, auch ohne Grund, und auch wenn dieser Widerruf völlig ungerechtfertigt ist. Die Frage, ob die Vertragsauflösung mit oder ohne Grund erfolgte, stellt sich nur bei einer eventuellen Haftung des Klienten für Honorar oder Schadenersatz²³.

B. "Widerruf" durch den Rechtsanwalt

Durch die Annahme eines Auftrages verpflichtet sich der Anwalt, die ihm übertragene Aufgabe zu Ende zu führen. Er kann somit nicht ohne wichtigen Grund (justifiable cause) oder ohne Zustimmung des Klienten den Vertrag auflösen. Tritt er von seinen Verpflichtungen ungerechtfertigterweise zurück, so nimmt er damit in Kauf, sein Recht auf Honorar einzubüssen oder seinem Klienten schadenersatzpflichtig zu werden. Liegt dagegen ein justifiable and lawful cause vor, so hat er das Recht, das Verhältnis aufzulösen. Er muss jedoch den Klienten rechtzeitig informieren. War er zudem mit der Führung eines Prozesses beauftragt, so wird er von seinen vertraglichen Verpflichtungen erst durch einen "leave of court" befreit, d.h. das Gericht hat zu bestätigen, dass der Anwalt den Klienten vor Gericht nicht mehr vertritt. Es liegt im Ermessen des Gerichtes, einen "Rücktritt" des Anwaltes zu verweigern, z.B. wenn ein Prozess kurz vor seinem Ende steht²⁴.

23 West's Suppl. ad. n. 76, D.C.N.C. 1976: "Attorney-client relationship may always be terminated with client with or without cause."

24 Modern Federal Practice Digest ad. n. 76, C.C.A.Cal. 1941: "An attorney may not, in absence of client's consent, withdraw from case without justifiable cause, and then only after proper notice to client and on leave of court."

C. Tod, Urteilsunfähigkeit, Entzug der Berufsausübungsbewilligung (disbarment)

Der Tod, die “insanity” (Geisteskrankheit, Urteilsunfähigkeit) und der “disbarment” (Entzug der Bewilligung zur Berufsausübung) lässt den Vertrag erlöschen. Hatte der Klient eine Anwaltsgemeinschaft (firm) beauftragt, ohne dabei die persönliche Leistung eines Anwaltes vorzusehen, so bleibt diese weiterhin verpflichtet, der Vertrag wird nicht beendet.

Grundsätzlich beendet auch der Tod des Klienten den Vertrag, es sei denn, es liege im Sinne des Vertrages, dass der Anwalt auch nach dem Tode des Klienten für die Weiterführung der ihm übertragenen Angelegenheiten zuständig bleiben soll. Ausserdem haben die Gerichte entschieden, dass der Vertrag gültig bleibt, wenn die Hilfe oder Anwesenheit des Klienten für die Geschäftsführung keineswegs nötig ist.

Als weiterer Beendigungsgrund gilt die “insanity” des Klienten, jedoch nur dann, wenn er bevormundet wird. Die blosse Einlieferung in eine psychiatrische Klinik beendet den Vertrag nicht.

§ 12. Recht des Anwalts auf ein Honorar

I. *Angemessenes Honorar (quantum meruit)*

Der Anwalt hat ein anerkanntes Recht auf ein angemessenes Honorar für seine geleisteten Dienste, es sei denn, die Umstände zeigten eindeutig, dass der Rechtsanwalt nicht die Absicht hatte, für seine Leistungen honoriert zu werden.

Auch ohne ausdrückliche Festsetzung eines Entgelts wird die Existenz einer stillschweigenden Abmachung präsumiert, und die Gerichte sprechen dem Anwalt eine angemessene Bezahlung (auf einer “quantum meruit” Basis) für seine Vertragsleistungen zu.

Für die getreue und sorgfältige Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte hat der Rechtsanwalt auch dann einen Honoraranspruch, wenn für den Klienten kein Gewinn erzielt werden konnte. Es wird auch bei erfolglosem Ausgang einer Angelegenheit präsumiert, dass der Anwalt seine Leistungen vertragsgemäss vollbracht hat. Erst der Beweis einer Schlechterfüllung kann den Klienten möglicherweise von seiner Zahlungspflicht entbinden. Ihn trifft die Beweislast.

Können sich die Parteien über die Höhe des zu bezahlenden Honorars nicht einigen, so sind die Gerichte zuständig, den Arbeitsaufwand des Rechtsanwaltes zu bestimmen und eine entsprechende Kompensation summenmässig festzusetzen.

II. Erfolgshonorar (*Contingent fee agreement*)

Das in der Schweiz verbotene Erfolgshonorar wird in den USA nicht nur als zulässig, sondern sogar als notwendiges Instrument einer gerechten Rechtspflege betrachtet. Nur so sei es auch einer unbemittelten Person möglich, sich die Dienste eines Anwaltes zu sichern, welcher nur dann einen Anspruch auf ein Honorar hat, wenn der Klient einen Gewinn erzielt, wovon dem Anwalt ein zum voraus festgelegter Prozentsatz zukommt²⁵.

Allerdings können solche Erfolgshonorarabreden wegen ihrer besonderen Natur und der stärkeren Position des Anwalts durch die Gerichte auf ihre Angemessenheit und Sittlichkeit überprüft werden²⁶.

Wird ein contingent fee agreement als ungültig erklärt, so bleibt dem Anwalt jedoch ein Anspruch auf ein Honorar auf der quantum meruit Basis.

Nur die Erfüllung des im contingent fee agreement festgelegten Erfolges gibt dem Anwalt ein Recht auf diese Bezahlung. Tritt der Erfolg trotz sorgfältiger Bearbeitung durch den Anwalt nicht ein, so hat dieser wiederum nur einen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt für seine geleisteten Dienste, und nicht auf das festgelegte contingent fee, auch nicht auf einen Teil davon.

Allerdings sprechen die Gerichte dem Anwalt einen Anspruch auf Schadenersatz zu, wenn der Klient den Erfolgseintritt verhindert, da dieser damit eine breach of the contingent fee agreement begeht. Es liegt jedoch im Ermessen des Gerichtes zu bestimmen, ob die Handlung oder Unterlassung des Klienten einer Vertragspflichtverletzung gleichkommt oder nicht; so steht es dem Klienten zu, einen Vergleich nicht anzunehmen, einen Vorschlag abzulehnen, einen Prozess zu beenden usw.

Das Widerrufsrecht des Klienten gibt diesem auch das Recht, seinen Anwalt jederzeit und trotz Erfolgshonorarabmachung zu "entlassen". Auch in diesem Fall wird es im Ermessen des Gerichtes liegen, dem Rechtsanwalt entweder einen Schadenersatzanspruch für breach of contract oder einen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt aus quantum meruit zuzusprechen.

Verboten ist ein Erfolgshonorar auch in den Vereinigten Staaten, wenn der Anwalt in einer Scheidung Parteivertreter ist. Die Gerichte haben mehrheitlich die Ansicht geäußert, dass in solchen Fällen ein contingent fee agreement "against public policy" verstösst, da solche Abmachungen die Tendenz haben, eine Versöhnung der Parteien zu verhindern²⁷.

25 Vgl. Willison on contracts, 931.

26 Idem.

27 Vgl. Willison on contracts, 933 f.

§ 13. Pflichten des Rechtsanwaltes, insbesondere seine Sorgfaltspflicht (duty of care)

I. Grundlegendes

Der Anwalt hat mit einem Durchschnittsmass an Sorgfalt und Aufmerksamkeit zu handeln und über diejenigen Rechtsgrundlagen auf dem Laufenden zu sein, welche den Mitgliedern seiner Berufsgruppe grundsätzlich bekannt sein müssen. Seine Vertrauensstellung verlangt von ihm zusätzlich äusserste Treue, Ehrlichkeit und Redlichkeit²⁸.

Dieses allgemeine Grundprinzip bedarf nun der Konkretisierung. Eine solche ergibt sich durch die Aufstellung und Untersuchung der einzelnen Pflichten (specific duties)²⁹, welche einem Anwalt auferlegt werden und deren Erfüllung von ihm erwartet wird.

II. Wichtigste berufsspezifische Pflichten des Anwalts

A. Kenntnis der anwendbaren Rechtsnormen (knowledge of the law)³⁰

Der Begriff "knowledge of the law" umfasst die Kenntnis der gesetzten Rechtsnormen, aber auch – und vor allem – der massgebenden Urteile der Gerichte desjenigen Staates, in welchem der Rechtsanwalt seinen Beruf ausübt. Dabei hat er besonders auf die neuesten Entscheide höherer Instanzen zu achten³¹.

Der Umfang dieser Rechtskenntnispflicht bemisst sich einmal mehr durch Vergleich mit dem "Durchschnittswissen", wie es allgemein von Anwälten erwartet wird, d.h. dem "standard of knowledge of a reasonably competent attorney"³², bzw. dem "reasonable knowledge of the law as is ordinarily possessed by other attorneys"³³.

28 Die Grundregel des Verhaltens des Rechtsanwaltes fasst das Corpus Juris Secundum in seinem einleitenden Paragraphen zu den Pflichten und der Haftung des Anwaltes seinem Klienten gegenüber folgendermassen zusammen: "Not only must an attorney exercise reasonable care and diligence and possess the legal skill and knowledge ordinarily possessed by members of the profession, but he is bound to conduct himself as a fiduciary occupying a position of the highest trust and confidence, so that, in all his relations and dealings with his client, it is his duty to exercise the utmost honesty, good faith, fairness, integrity, and fidelity, and if he does not he is strictly liable or accountable to his client." (Vol. 7, § 125, 957.) Vgl. auch ABA Canon 6 und 7, Record N.Y. march 1977, 130 ff.

29 Vgl. IECL vol. XI ch. 6, n. 104.

30 "An attorney is required to have such knowledge of law as is ordinarily possessed by other attorneys, and is liable for loss resulting from ignorance thereof." (CJS vol. 7 § 142, 979.)

31 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6 n. 109.

32 Idem.

33 CJS vol. 7 ad § 142, 979.

Während ein Anwalt nicht allumfassend die Angemessenheit und Triftigkeit seiner Unternehmungen garantieren kann, ist er doch verpflichtet, mindestens diejenigen allgemeingültigen Rechtssätze zu kennen und laufend sich anzueignen, welche es ihm ermöglichen, einen angenommenen Auftrag vertragsgemäss zu erfüllen. Nicht anders als in der Schweiz können ihm mangelnde Kenntnisse als negligence vorgeworfen werden und möglicherweise seine Haftung dem Klienten gegenüber begründen.

Andererseits trifft den Anwalt keine negligence, wenn er seine rechtlichen Überlegungen und Argumentationen auf ein Urteil des höchstinstanzlichen Gerichtes seines Staates stützt, auch wenn diese Rechtsprechung durch ein späteres Urteil in einer ähnlichen Sache geändert (overruled) wird.

Ebenso wird er nicht haftpflichtig, wenn ihm ein Rechtsirrtum (error of judgment) unterläuft, in bezug auf eine Rechtsfrage, welche allgemein strittig, neu oder von zweifelhafter Tragweite ist³⁴.

Grundsätzlich ist der entscheidende Ausgangspunkt weniger die Frage, ob der beklagte Anwalt das Recht missachtet, missverstanden oder schlecht angewendet hat, als vielmehr die Frage, ob ein Durchschnittsanwalt, unter gleichen äusseren Umständen, denselben Fehler begangen hätte³⁵.

Nicht anders als in der Schweiz, hat der amerikanische Anwalt sich auf dem Laufenden zu halten. Er soll jedoch nicht auf Kosten eines Klienten – mehr aus Gründen rechtswissenschaftlicher Forschung als um des konkreten Falles willen – neue, durch die Rechtsprechung und herrschende Meinung noch nicht sanktionierte Theorien verfechten. In Zweifelsfällen soll immer der "safest way" gewählt werden³⁶.

34 Dieses Prinzip wurde bereits im letzten Jahrhundert durch die Gerichte festgesetzt, so etwa in New York, 1866 bzw. 1899: "It is not claimed that a person who undertakes to perform professional business should be acquainted with the whole circle of jurisprudence, and able to apply all its multitudinous rules, principles and distinctions with absolute accuracy. He is, however, bound to understand the leading and fundamental principles of the Common Law; and he cannot be excused for ignorance of the public statutes of the State" (zit. in Col.L.R. 1963 (5–8), 1300 n. 68).

"In a litigation a lawyer is well warranted in taking chances ... The conduct of a lawsuit involves questions of judgment and discretion, as to which even the most distinguished members of the profession may differ. They often present subtle and doubtful questions of law. If in such cases a lawyer errs on a question not elementary or conclusively settled by authority, that error is one of judgment, for which he is not liable" (zit. Col.L.R., a.a.O. n. 75).

35 Vgl. CJS vol. 7 § 143: "An attorney is liable for giving improper or erroneous advice only where an attorney of reasonable knowledge or skill would have avoided the error."

36 Vgl. IECL vol. XI ch. 6 n. 109.

B. Übernahme des "Mandates"

Grundsätzlich hat der Anwalt keine Annahmepflicht. Es steht ihm frei, eine Offerte des Klienten nicht zu akzeptieren. Unter Umständen kann dies sogar seine Pflicht sein, denn aus der oben dargestellten Rechtskenntnispflicht folgt, dass er sich nicht mit Angelegenheiten befassen sollte, von denen er weiss oder wissen sollte, dass sie seine Kompetenzen übersteigen³⁷ bzw. keine Ratschläge in einem ihm fremden Rechtsgebiete (in welchem er sich nicht sicher fühlen kann) geben sollte³⁸.

C. Durchführung "lege artis" der übernommenen Aufgabe

1. *Fertigkeit (duty to exercise reasonable skill)*

Zusätzlich zur Kenntnis der materiellen Rechtsnormen und um diese Rechtskenntnis auch vernünftig anwenden zu können, wird von jedem Anwalt erwartet, dass er das "praktische Handwerkzeug" beherrscht. Es geht hier vor allem um die zwingenden technischen Bestimmungen in bezug auf Prozessführungsfragen, auf das Verfassen von Verträgen usw. Die amerikanischen Gerichte sehen bei einem Mangel an solcher praktischer "Kunstfertigkeit" (lack of skill) eine strenge Haftung vor³⁹.

a) Prozessführung

Im Sinne einer Zwischenbemerkung sei hier darauf hingewiesen, dass in den letzten Jahren – gestützt auf Prozessordnungen, welche vorsehen, dass die Richter nach freiem Ermessen eine Berichtigung fehlerhafter Prozesshandlungen zulassen können⁴⁰ – die Rechtsprechung sich bei prozessualen Fehlern nachgiebiger gezeigt hat, sodass Haftungsstreitigkeiten infolge Irrtümern solcher Natur merklich an Häufigkeit abgenommen haben. Dies entbindet den Rechtsanwalt allerdings keineswegs

37 Vgl. ABA Canon 6.

38 In diesem Sinne äusserte sich Richter Hoeveler von Florida an einem kürzlich in New York abgehaltenen ABA National Institute on Professional Liability of Trial Lawyers: "Before undertaking the case, ... the attorney (should) realistically evaluate his or her ability to represent the client adequately ... It is not a good idea ... to 'learn by doing'. If an attorney is inexperienced in a particular matter, hiring an outside consultant may be necessary. The second consideration in deciding whether an attorney can handle a case ... should involve a realistic evaluation of your office, staff, and time. The attorney must decide whether his office can properly structure the case." (LW 45, 2539); vgl. auch Vand.L.R. 1971, 304.

39 Vgl. Columb. L. Rev. 1963 (5–8), 1295 ff.

40 Vgl. Columb. L. Rev. 1963 (5–8), 1296 fn. 32: "court should freely grant permission to amend pleadings", vgl. in der Schweiz Staatsrechtl. Beschwerde bei überspitztem Formalismus, Wiederherstellung von Fristen.

von seiner Pflicht, seinen Klienten vor Gericht sorgfältig und aufmerksam zu vertreten, so etwa die Klage vor dem zuständigen Gericht zu erheben, Fristen einzuhalten, die Forderungen seines Klienten klar zu formulieren usw.⁴¹.

b) Ausfertigen von Dokumenten

Als erstes hat ein Anwalt jene gesetzlichen Formvorschriften zu kennen (und diesen gemäss zu handeln), die bestimmen, welches die notwendigen Bedingungen sind, die eingehalten werden müssen, damit ein Dokument rechtsgültig und durchsetzbar ist. Eine formalbedingte Nichtigkeit ist recht häufig Quelle einer Haftung des Anwaltes seinem Klienten gegenüber.

Weiter wird vom Rechtsanwalt gefordert, dass er den Willen der an einem rechtsrelevanten Dokument interessierten Parteien, beispielsweise der Vertragspartner oder des Erblassers, deutlich und unzweideutig formuliert und massgebende Klauseln, wie etwa ein Konkurrenzverbot, ein freies Widerrufsrecht oder die Beschränkung eines solchen, einen Gerichtsstand, eine Rechtswahl usw. nicht einzufügen vergisst, wenn er weiss oder wissen sollte, dass dies dem Willen der Parteien entspricht.

2. *Prozesstaktik*

Wir haben bereits gesehen, dass klare Richtlinien den Anwalt verpflichten, wenn es nur um Fragen der mehr formal-technischen Führung einer Angelegenheit eines Klienten vor Gericht geht. Die Mehrheit der Gerichte und die herrschende Lehre anerkennen jedoch, dass dem Ermessen des Anwalts ein grösstmöglicher Spielraum zugestanden werden muss, wenn es um Fragen der Prozesstaktik geht, so etwa um die Wahl und Angemessenheit oder Überzeugungskraft eines Beweismittels, um das Aufrufen eines oder mehrerer Zeugen, um die Wahl der Verteidigungsmittel usw.⁴².

Taktische Überlegungen können von Fall zu Fall zu verschiedenen Handlungen führen und dürfen demnach nicht schematisch und normenmässig eingestuft werden⁴³.

41 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6 n. 110.

42 An Stelle vieler seien zwei Urteile, beide aus dem Jahre 1871, zitiert: "Manner of conducting the course of litigation, including examinations before trial, is largely within discretion of an attorney, subject to principles of good faith and the canons of legal ethics" (West's, n. 112: C.C.N.Y. 1971).

"Insofar as pleadings are concerned and the general conduct of litigation, a lawyer is only responsible for those mistakes which indicate a lack of the attainments commonly possessed and exercised by legal practitioners of ordinary skill and capacity." (West's, n. 112: D.C. Pa. 1971).

43 Auch muss man sich stets vergegenwärtigen, was ein Gericht in Tennessee so schön umschrieben hat: "(there is) no way on God's green earth any one man, any 12 men or any

D. Befolgung der Instruktionen des Klienten und Informierung des Klienten

Nicht anders als in der Schweiz, hat der amerikanische Anwalt grundsätzlich die Weisungen seines Klienten zu befolgen⁴⁴.

Demnach hat der Rechtsanwalt, welcher bestimmte Instruktionen bekommen hat, diesen gemäss zu handeln. Eine Ausnahme bilden grundsätzlich Detailfragen, v.a. betreffend die Prozessführung⁴⁵.

Es liegt somit keineswegs im Ermessen des Anwaltes, Weisungen zu befolgen, deren Ausführung zu unterlassen oder aber andere Handlungen vorzunehmen (im Sinne eines "unauthorised act", § 147 CJS), und dies auch, wenn er in guten Treuen glaubte, der von ihm gewählte Weg wahre die Interessen seines Klienten besser, als der von diesem angeordnete. Rigoros gilt diese Regel, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, welche die Individualsphäre des Klienten betreffen. So haben verschiedene Gerichte z.B. betont, dass der Anwalt kein selbständiges Recht hat, im Namen seines Klienten Vergleiche abzuschliessen⁴⁶.

Umgekehrt wird ein Klient seinen Anwalt nicht mit Erfolg einklagen können, wenn dieser die Anordnungen des Klienten befolgt hat, obwohl eine andere Lösung vorteilhafter gewesen wäre und der Anwalt den Klienten darüber im voraus informiert hat.

Auf diese Informationspflicht des Anwaltes legt die "ABA Commission on evaluation of professional standards" in ihrem ersten Entwurf eines neuen code of ethics besonderes Gewicht⁴⁷. Unter dem Titel "adequate communication with client", auferlegt section 1.3. des Entwurfes dem "Lawyer" die Pflicht, seinen Klienten angemessen zu informieren. Dies beinhaltet die Pflicht 1. den Klienten regelmässig über den Lauf der Angelegenheit zu informieren, 2. ihm die praktischen und rechtlichen Aspekte und die voraussehbaren Resultate zu erklären und schliesslich 3. innert angemessener Frist die vom Klienten geforderten Informationen diesem zu geben⁴⁸.

1200 men, can tell with an iota of certainty how another man or jury of men would have decided the case given a change of trial tactics" (Tenn. CtApp, 1976, zit. in 45 LW 2537). Vgl. zusätzlich IECL vol. XI ch. 6 n. 110; Columb. L.Rev. 1963 (5-8), 1301; CJS vol. 7, § 146; ABA canon 7.

44 § 148 CJS sieht denn auch folgendes vor: "An attorney is liable to his client for injury resulting from the attorney's violation of his client's instructions."

45 Vgl. West's, n. 112: D.C.Mo. 1966: "Lawyer may not be held negligent in representing client simply because client does not agree with manner in which he prepares and presents case, either upon trial or an appeal."

46 Vgl. Columb.L.Rev. 1963 (5-8) p. 1302 fn. 80; vgl. auch West's n. 101, C.A. Puerto Rico 1976, C.A.Va. 1975.

47 DER No. 157, 5.

48 Rules of Professional Conduct, section 1.3., a.a.O.:

(a) adequately informing the client includes:

- (1) periodically advising the client of the status and progress of the matter;
- (2) Explaining the legal and practical aspects of the matter and foreseeable effects of alternative courses of action;
- (3) promptly complying with reasonable requests by the client for information about the matter.

Mit dieser Standesregel formuliert die ABA Commission diese allgemein durch Gerichte geforderte Informationspflicht⁴⁹.

Es bleibt noch zu prüfen, welche Möglichkeit dem Anwalt gegeben ist, sich gegen unsinnige oder rechtlich zweifelhafte, wenn nicht gar widerrechtliche Weisungen seines Klienten zu wehren, wenn dieser – trotz genauer, klärender Information – auf seinen Instruktionen beharrt. Zur Beantwortung dieser Frage gibt uns Canon 7 des Code von 1969 massgebende Richtlinien. Wenn auch grundsätzlich der Rechtsanwalt den einmal akzeptierten "Arbeitsleistungsvertrag" zu erfüllen hat, d.h. diesen auch nicht frei widerrufen kann, so gilt dies doch nur mit dem Vorbehalt, dass der Anwalt vom Vertrag zurücktreten kann (withdraw), wenn das Verhalten des Klienten es ihm unverhältnismässig erschwert, seinen Auftrag auszuführen⁵⁰. Der Kommentar zu section 1.10 des Entwurfes des neuen Code will allerdings dieses Rücktrittsrecht dahin beschränken, dass dem Anwalt – im Falle einer nicht allzu schwerwiegenden Uneinigkeit – der Rücktritt nur möglich sein soll, wenn dem Klienten dadurch kein materieller Schaden entsteht⁵¹.

E. Weitere Pflichten des Rechtsanwaltes

Neben der Geheimhaltungspflicht und dem Verbot der Interessenskollision, bestimmt das CJS⁵², dass der Anwalt seinem Klienten einen vollständigen, detaillierten und wahrheitsgetreuen Rechenschaftsbericht über Gelder oder andere Güter des Klienten, welche ihm von diesem anvertraut wurden oder sonstwie in seinen Besitz kamen, zu unterbreiten und die entsprechenden Summen oder Güter herauszugeben hat. Nur allgemein gehaltene Abrechnungen genügen dieser Pflicht nicht; genau geführte Dossiers und eine sorgfältige Buchführung gehören demnach zu den weiteren Verpflichtungen des Rechtsanwaltes. Nur diese ermöglichen es dem Anwalt, den Anforderungen der individuellen Rechenschaftsberichte für die einzelnen Klienten und seiner Herausgabepflicht gerecht zu werden.

49 Vgl. West's, n. 109: D.C.N.Y. 1972: "If an attorney negligently or willfully withholds from his client information material to the client's decision to pursue a given course of action, or to abstain therefrom, the attorney is liable for client's losses suffered as a result of action taken without benefit of the undisclosed material facts, 'material facts' being those which, if known to the client, might well have caused him, acting as a reasonable man, to alter his proposed course of conduct."

50 DR 2-110, C, 1, d; vgl. DR 7-101 A, 2.

51 DER No. 157 (1979) 12; vgl. auch Section 1.4.

52 Vgl. § 133, accounting and payments.

§ 14. Forderung des Klienten infolge schlechter Berufsausübung (legal malpractice claim)

I. *Allgemeine Voraussetzungen einer Klage des Klienten gegen seinen schlechterfüllenden Anwalt (malpracticing attorney)*

Ausgangslage bildet die seit jeher anerkannte und in § 155 CJS festgelegte grundsätzliche Möglichkeit einer Klage des Klienten gegen seinen Anwalt⁵³. Damit der Klient auch im konkreten Fall die Durchsetzungsmöglichkeit seines Anspruchs auf Schadenersatz hat, müssen jedoch alle im CJS umschriebenen Voraussetzungen einer Klage erfüllt sein. Wir haben bereits vorne die allgemeinen Voraussetzungen der Berufshaftung untersucht. Darauf sei verwiesen⁵⁴. Der Klient hat demnach die Existenz eines Vertrages⁵⁵, seinen Schaden, den Kausalzusammenhang und die "negligence" des Rechtsanwalts zu beweisen⁵⁶. Was die "negligence" anbelangt, so haben wir bereits festgestellt, dass das amerikanische Recht zwar den Unterschied zwischen (objektiver) Pflichtverletzung (error) und (subjektivem) Verschulden (negligence) kennt, diese zwei Elemente jedoch uno actu als "breach of duty" qualifiziert⁵⁷. Es scheint somit grundsätzlich zu genügen, dass der Klient darzulegen vermag, dass der Anwalt nicht das Durchschnittsmass an Sorgfalt (im Sinne des objektiven error als Rechtsfrage) angewendet hat; das subjektive Verschulden (im Sinne der negligence als Tatfrage) wird sozusagen präsumiert⁵⁸.

Einer der schwierigsten Beweise, welche der Klient in forensischen Angelegenheiten zu erbringen hat, bleibt der Nachweis, dass und in welchem Ausmass ein durch den Anwalt sorgfältig geführter Prozess den Klienten in eine für ihn günstigere Lage versetzt hätte⁵⁹.

II. *Verteidigungsmittel bzw. Einreden des Rechtsanwaltes (defenses)*

Ist dem Klienten die notwendige Beweisführung für seine Klage gelungen, so bleibt dem beklagten Anwalt seinerseits die Möglichkeit darzulegen, dass ihn – auch wenn

53 Vgl. CJS § 155, vol. 7, 994 ff.: "Actions for negligence or wrongful acts of attorneys are available to clients ..."

54 Siehe vorne 67 ff.

55 Auch die heute noch nicht einheitlich gelöste Frage, ob der Klient sich auf vertragliche oder ausservertragliche Haftung berufen muss bzw. kann, soll hier nicht mehr erörtert werden, vgl. dazu auch 90 ALR 3d 293, 299; 45 LW 2536.

56 Vgl. CJS ad § 157: presumption and burden of proof.

57 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6, n. 117.

58 45 LW 2536; vgl. vorne 75 ff.: res ipsa loquitur, prima facie evidence.

59 Vgl. Stanf.L.Rev. 1967/68, 1135: (vgl. auch Columb.L.Rev. 1963 (5–8), 1307/8): "... the chief obstacle to recovery is the necessity of proving that the client would have prevailed in the original lawsuit in order to prove damages. Few malpractice litigants seem able to survive this "trial within a trial"."

der Klient *prima facie* eine negligence (im Sinne eines subjektiven Verschuldens) "bewiesen"⁶⁰ hat – keinerlei Verschulden trifft⁶¹. In Amerika, wie in der Schweiz, bleibt die Berufshaftung eine Verschuldenshaftung (*fault liability*)⁶².

Weiter kann sich ein Anwalt von seiner Schadenersatzpflicht befreien, wenn er ein Selbstverschulden (*contributory negligence*) des Klienten zu beweisen vermag⁶³.

Kann der Schaden des Klienten durch einen noch offenstehenden Rechtsbehelf – z.B. durch richterliche Wiederherstellung einer verpassten Frist oder durch Einlegung eines Rechtsmittels usw. – behoben werden, so hat der Klient (mangels bereits feststehenden Schadens, zur Zeit) keinen Anspruch auf Schadenersatz.

Neben den allgemeinen haftungsrechtlichen Verteidigungsmitteln wird ein beklagter Anwalt möglicherweise die Einrede der Verjährung des Anspruches des Klienten (*limitation*) oder der sogenannten "privaty of contract" erheben können:

A. Verjährung (*statutes of limitations*)

Macht ein Anwalt die Verjährung der Schadenersatzklage des Klienten geltend, so hat das Gericht als erstes die anwendbare Verjährungsnorm (*statute*) zu bestimmen, und alsdann stellt sich die Frage, ab welchem Zeitpunkt die Frist zu laufen beginnt.

1. Anwendbare Verjährungsbestimmung

Die Gerichte Amerikas haben in der Wahl der anwendbaren Verjährungsbestimmungen keine einheitlichen Lösungen getroffen. Vertragliche oder ausservertragliche Verjährungsfristen, aber auch besondere Regelungen für "malpractice" fanden ihre Anwendung. Ohne auf die einzelnen Fristen – welche in ihrer richterlichen Anwendung und Dauer je nach Staat verschieden sind – eingehen zu wollen, soll zur allgemeinen Übersicht der Verjährungsfrage nur auf einige wenige Beispiele richterlicher Entscheidungen hingewiesen werden:

Während in New Yorker Urteilen bestimmt wurde, dass die zweijährige Verjährungsfrist für Klagen aus "malpractice" für Klagen aus "negligence" gegen einen Anwalt nicht anwendbar sei⁶⁴, haben Gerichte in Ohio entschieden, dass die Ver-

60 Beim "prima facie Beweis" handelt es sich beinahe um eine Präsumptio.

61 Vgl. Schweiz: Exculpationsbeweis OR 97.

62 Vgl. Record N.Y. may/june 1975, 336 ff.: "We considered and concluded that the proposed "no-fault" plans are neither viable nor desirable with respect to medical malpractice."

63 Siehe vorne 73/4; vgl. auch 78 ALR 3d 255, 261: "... in a legal malpractice action, contributory negligence by the client specifically pleaded and established bars recovery."

64 Vgl. 49 ALR 2d 1219; Columb. L.Rev. 1963 (5–8), 1309, ebenso Kalifornien, wobei es sich hier um eine einjährige Frist handelt, vgl. 49 ALR 2d 1222.

jährungsbestimmungen bei "Kunstfehlern" als besondere Norm den vertraglichen oder ausservertraglichen Verjährungsfristen vorgehe⁶⁵.

In diesem Sinne hat ein Gericht zwar eine Vertragsklage als solche anerkannt, die Anwendbarkeit der sechsjährigen Verjährungsfrist aus Vertrag jedoch verneint, und entschieden, dass die einjährige Verjährung aus "malpractice" für solche Klagen massgebend sei. Es ist in diesem Urteil den Meinungen entgegengetreten, welche den Begriff "malpractice" als nur im Sinne der negligence von Ärzten und Chirurgen anwendbar sehen wollten⁶⁶.

In Staaten, welche kein besonderes malpractice statute kennen, oder ein solches zwar kennen, aber nur für Klagen gegen Ärzte und Chirurgen, wird sich ein Klient bei einer Klage gegen seinen Anwalt meistens auf die Verjährungsbestimmungen aus Vertrag berufen können, die im allgemeinen die längste Frist vorsehen, innerhalb welcher der Klient noch klagen kann. So entschied 1930 ein Gericht im Staate Washington⁶⁷, dass bei einer Klage infolge einer Pflichtverletzung durch den Anwalt, die dreijährige Frist aus Vertrag massgebend sei. In Tennessee z.B. gilt in einem solchen Falle die sechsjährige Frist aus Vertrag, ebenso in New York. Kalifornien sieht eine zweijährige Verjährungsfrist vor für Klagen gegen Anwälte, wobei es hier keine Rolle spielt, ob es sich um eine vertragliche oder ausservertragliche Forderung handelt^{68, 69}.

2. *Beginn des Fristenlaufes*

Die Gerichte haben grundsätzlich entschieden, dass die Verjährungsfrist in dem Zeitpunkt ihren Lauf nimmt, in welchem der Anwalt seine unsorgfältige Handlung bzw. Unterlassung begangen hat. Diese Regel gilt unabhängig von der anwendbaren Verjährungsfrist (aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus malpractice).

Es wurde verschiedentlich auf die potentielle Ungerechtigkeit dieser Regel hingewiesen. Die Folgen einer unsorgfältigen Auftragsausübung durch den Anwalt zeigen sich möglicherweise erst viel später, so dass der Klient sich der Pflichtverletzung durch seinen Anwalt erst bewusst wird, wenn sein daraus entstehender Anspruch bereits verjährt ist. Mit Recht wird deshalb eine "abhelfende" Gesetzgebung gefordert, welche diese Regel dahin abändern soll, dass die Frist erst dann zu laufen beginne, wenn die Folgen der Pflichtverletzung durch den Anwalt sich zeigen oder bei durchschnittlicher Aufmerksamkeit hätten entdeckt werden können. Zumindest

65 Vgl. Columb. L.Rev. 1963 (5–8), 1309, fn. 138.

66 Vgl. 49 ALR 2d, 1218.

67 Vgl. 49 ALR 2d, 1220.

68 Vgl. 49 ALR 2d, 1221.

69 Vgl. 49 ALR 2d, 1222: "... it would seem that the question whether an action against an attorney for his negligence in conducting a case is considered to be based upon breach of contract (not in writing) or upon tort is of no importance in such jurisdiction, the same statute of limitations applying in either case."

sollte eine solche Änderung für gewisse Klagen vorgesehen werden, und zwar immer dann, wenn es sich um eine Tätigkeit des Anwaltes handelt, bei welcher es voraussehbar war, dass, gesetzten Falles, die Verjährung eintreten würde, bevor der durchschnittlich aufmerksame Klient seinen Schadenersatzanspruch entdecken und geltend machen könne. Man denke hier etwa an die Redaktion von Urkunden, Verträgen, Testamenten usw.⁷⁰.

Bei der Ärztehaftpflicht haben einige Gerichte diese strenge Regelung dadurch etwas abgeschwächt, dass sie entschieden haben, dass die Existenz eines dauernden vertraglichen Verhältnisses zwischen dem Arzt und dem Patienten den Beginn des Fristenlaufes für eine malpractice action bis zur Beendigung der Rechtsbeziehung hemmt. Gewisse Lehrmeinungen wollen diese Regel auch auf die Anwaltshaftpflicht angewendet sehen⁷¹.

B. Keine Sorgfaltspflicht des Anwalts vertragsfremden Dritten gegenüber (privaty of contract)

Es gilt das Grundprinzip⁷², dass ein Anwalt nur seinem Klienten – und nicht vertragsfremden Dritten – eine duty of care schuldet. Dies statuierte bereits 1861 das englische House of Lords und 1879 das amerikanische Bundesgericht mit Entschiedenheit⁷³. Wenn sich die Gerichte auch bis heute grundsätzlich an diese “doctrine of privaty of contract” halten, so haben doch in den letzten Jahren einige Urteile Ausnahmen zu dieser allgemeinen Regel geschaffen. So wurde 1958 bzw. 1961 in zwei kalifornischen Urteilen die privaty-doctrin widerlegt, indem beide Male die Klage eines in einem Testament Begünstigten gegen den Notar bzw. Anwalt gutgeheissen wurde, welcher – vom Erblasser beauftragt – ein Testament aufsetzte, welches sich anschliessend als ungültig erwies⁷⁴. Hier wurde somit entschieden, dass ein solcher “beneficiary” einen Ersatzanspruch gegen den Anwalt geltend machen könne, da dieser auch ihm, dem begünstigten Dritten, eine duty of care schulde, und zwar immer dann, wenn der Klient seinen Anwalt, direkt oder auch nur indirekt

70 Vgl. für detaillierte Auseinandersetzung: 18 ALR 3d 978, 986 ff.

71 Columb. L.Rev. 1963 (5–8), 1309.

72 Idem, 1310 und zitierte Entscheide: “The rule that an attorney is liable for negligence only to persons in privaty with him is well-established. Actions by persons outside the attorney-client relationship, even if brought in tort, are likely to fail.”

73 Vgl. IECL vol. XI, ch. 6 n. 124 und 125.

74 Vgl. 65 ALR 2d 1358 (49 cal. 2d 647); vgl. 59 Cal. 2d 538 (Lucas v. Hamm).

zugunsten eines Dritten beauftragte und dies dem Anwalt auch bewusst war oder sein musste^{75, 76, 77}.

III. "Kunstfehler" (*malpractice*)

Der umfassende, schlagwortartig gebrauchte Begriff "malpractice" soll hier kurz durchleuchtet werden. Was beinhaltet er? Eine Vertragspflichtverletzung (breach of promise), eine unerlaubte Handlung (negligence in tort) oder/und eine Verschulden (fault)⁷⁸?

Malpractice bedeutet grundsätzlich Mangel an Sorgfalt bzw. Verletzung der Sorgfaltspflicht oder einer anderen vertraglichen Pflicht. Dies scheint nichts anderes zu sein, als die negative Umschreibung des bereits vorne angetroffenen Begriffes des "standard of care"⁷⁹.

Unwesentlich ist somit wiederum die Frage nach der Rechtsgrundlage der Sorgfaltspflicht – aus Vertrag oder auf Grund der allgemeinen, von einer vertraglichen Beziehung unabhängigen duty of care. Malpractice umfasst sowohl die Verletzung einer ausdrücklichen oder stillschweigenden (express or implied) Vertragspflicht als auch ein Mangel an Sorgfalt, welche auf Grund der allgemeinen duty of care geschuldet wird⁸⁰.

Noch allgemeiner kann demnach der Begriff "malpractice" als "Nichterfüllung einer geforderten Pflicht"⁸¹ umschrieben werden. Da wir diese "duty" bzw. "duties" und deren Umfang bereits in einem früheren Paragraphen untersucht haben⁸², erübrigt sich hier eine genaue Darstellung der verschiedenen möglichen

75 Vgl. Duke L.Rev. 1973, 380 ff.; vgl. IECL vol. XI ch. 6 n. 125.

76 *Biakanja v. Irving*, zit. in Stanf. L.Rev. vol. 14, 1961–62, 581 fn. 3: "The determination whether in a specific case the defendant will be held liable to a third person not in privacy is a matter of policy and involves the balancing of various factors, among which are the extent to which the transaction was intended to affect the plaintiff, the foreseeability to harm him, the degree of certainty that the plaintiff suffered injury, the closeness of the connection between the defendant's conduct and the injury suffered, the moral blame attached to the defendant's conduct and the policy of preventing future harm."

77 Vgl. Deutschland: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

78 Im Duke L.J. 1973, 377 finden wir folgende Definition: "Legal malpractice consists of the failure of an attorney 'to use such skill, prudence, and diligence as lawyers of ordinary skill and capacity commonly possess and exercise in the performance of the tasks they undertake'."

79 Siehe vorne 63, 70; unten Fn. (80).

80 Casebook 459: "The theory of an action for professional malpractice by a lawyer may be based upon breach of an attorney's implied promise to use reasonable skill and diligence or upon violation of a duty to employ due care, the violation of which gives rise to a liability in tort."

81 78 ALR 3d 255, 258; 87 ALR 3d 168, 171; vgl. auch 90 ALR 3d 293, 307: "legal malpractice may consist of the omission to perform a duty or, in other words, the negligent failure to act."

82 Siehe vorne 85ff.

Handlungen des Rechtsanwaltes, welche unter den Begriff malpractice fallen können. Es sei nur darauf hingewiesen, dass die am häufigsten anzutreffende malpractice darin besteht, dass dem Anwalt formelle Irrtümer und einfache Versehen unterlaufen⁸³.

Im Rahmen der malpractice im Sinne eines Mangels an "skill and care required" bleibt ein letztes zu untersuchen: Wir haben vorne⁸⁴ gesehen, dass nicht jeder Irrtum – v.a. nicht jeder Rechtsirrtum – zugleich einer Fahrlässigkeit entspricht⁸⁵; wird jedoch eine solche bejaht, so stellt sich die Frage, ob der Vorwurf einer malpractice den Anwalt bei jeder, auch nur leichten Fahrlässigkeit trifft⁸⁶. § 141 CJS bestimmt, dass ein Anwalt nur bei grober Fahrlässigkeit (gross negligence) haftpflichtig wird⁸⁷. Dieser Grundsatz ist irreführend. Was die Gerichte als gross negligence bezeichnen, erweist sich nämlich als nichts anderes als ein Mangel an "ordinary care and skill"⁸⁸.

Denn ähnlich wie wir es bei der Analyse der schweizerischen Rechtsprechung gesehen haben⁸⁹, scheint auch für den amerikanischen Anwalt der Grad seines Verschuldens bei der Bejahung oder Verneinung der Haftung seinem Klienten gegenüber keine Rolle zu spielen. In diesem Sinne haben Gerichte präzisiert, dass hier der Begriff "gross negligence" nicht angemessen sei bzw. dass er nur so interpretiert werden dürfe, dass der Anwalt vernünftig und sorgfältig – so wie es von den Mitgliedern seiner Berufsgruppe erwartet werde – seine Aufträge zu erfüllen habe⁹⁰.

83 Vgl. Columb. L.Rev. 1963 (5–8), 1300.

84 Siehe vorne 85 ff.

85 So entschied auch das Supreme Court in Kalifornien, in dem bekannten Urteil *Lucas v. Hamm* aus dem Jahre 1961: "the attorney is not liable for every mistake he may make in his practice; he is not, in the absence of an express agreement, an insurer of the soundness of his opinions or of the validity of an instrument he is engaged to draft; and he is not liable for being in error as to a question of law on which reasonable doubt may be entertained by well-informed lawyers... These principles are equally applicable whether the plaintiff's claim is based on tort or breach of contract." (Zit. in *Duke L.J.* 1973, 378.)

und im gleichen Sinne zwei weitere Urteile: "If attorney's conduct falls substantially below what is reasonable under the circumstances, client's remedy is against attorney in suit for malpractice." (West's ad n. 109, U.S. Ind. 1962.)

"In determining whether certain advice given by an attorney to his client amounted to malpractice, question was not whether the advice given was, by hindsight, correct, but rather whether the advice given was the result of proper exercise of skill and professional judgment under conditions existing at time the advice was given." (West's ad n. 109, D.C. La. 1973.)

86 Siehe vorne 69.

87 § 141 CJS: "An attorney is required ... to exercise such skill, care, and diligence as are common ..., but by some authority is liable only for gross negligence."

88 Vgl. *Evans v. Watrous*, 2 Port. (alaska) 205, 1835: "In another case where it was stated that an attorney was liable only for 'gross negligence', these words were shown by other language in the opinion to be equivalent to want of 'reasonable care and skill'."

89 Siehe vorne 69.

90 Vgl. 45 ALR 2d, 11: "But it was said in *Goodman v. Walker* (1857) ... that some of the writers were guilty of inaccuracy in the employment of the phrase 'gross negligence', in reference to the liability of an attorney to his client, and that the true import of this term

Um die in § 141 CJS beinhaltenete "Milderung" der Haftung in ihrem wahren Sinne zu verstehen, muss also – wie bei uns – auf die Umschreibung der vorne dargelegten Pflichten des Anwalts zurückgegriffen werden⁹¹. Insbesondere rufen wir nochmals den ihm zustehenden freien Ermessensspielraum in Erinnerung⁹².

§ 15. Hilfspersonen

Ähnliche Grundprinzipien, wie sie im schweizerischen Auftragsrecht ausdrücklich festgelegt sind⁹³, gelten auch im amerikanischen Recht. Nur kurz soll hier auf die Haftung des Anwalts für Handlungen Dritter hingewiesen werden.

I. Substitution

Grundsätzlich muss ein Anwalt die ihm übertragenen Geschäfte persönlich ausführen. Eine Substitution ist natürlich ohne weiteres möglich, wenn Klient und Anwalt eine solche vereinbaren. Recht häufig wird dies etwa bei Prozessen vorkommen, die in einem Staate durchgeführt werden müssen, in welchem der betreffende Anwalt keine Zulassung hat⁹⁴.

Es steht dem Anwalt nicht zu, nach seinem Belieben einem Berufskollegen seine Pflichten zu übertragen⁹⁵. Nur eine gültige, d.h. vom Klienten befürwortete Substitution lässt die in § 124 CJS festgelegten Wirkungen eintreten, wonach einerseits der ursprünglich beauftragte Anwalt sich jeder weiteren Handlung, was den konkreten Fall anbetrifft zu enthalten hat, andererseits alle Rechte und Pflichten

was only that the lawyer was bound to use the reasonable care and skill of one in his profession."

91 Siehe vorne 85 ff.

92 Zusammenfassend zum Kapitel der malpractice im Sinne einer "failure to perform the duty required" vgl. 90 ALR 2d, 297: "The attorney's duty to his client requires him to exercise the knowledge, skill, and ability ordinarily possessed and exercised by members of the legal profession similarly situated; the attorney is not bound to exercise extraordinary diligence; but only a reasonable degree of care and skill, having reference to the character of the business he plans to do. An attorney is not liable for an error in judgment on points of new occurrence or of nice or doubtful construction, or for a mistaken opinion on a point of law that has not been settled by a court of last resort and on which reasonable doubt may well be entertained by informed lawyers."

93 OR 399, vgl. auch OR 101, 55.

94 CJS vol. 7 § 120 hält folgendes fest: "A change or substitution of attorneys can be effected by mutual consent of both attorney and client; but the consent of the client is always necessary."

95 Vgl. Schweiz: unerlaubte Substitution OR 399.

des Vorgängers auf den substituierten Anwalt übergehen⁹⁶. Daraus folgt e contrario, dass der Anwalt, der einem anderen Rechtsanwalt die ihm anvertraute Angelegenheit, ohne seines Klienten Erlaubnis, überträgt, diesem gegenüber für jede negligence des Substituten haftpflichtig werden kann^{97, 98}. Ob der erste Anwalt "ersetzt" wird, selber somit keinerlei Rechte und Pflichten seinem früheren Klienten gegenüber hat, oder ob der zweite Anwalt im Sinne eines "associate" nur für gewisse Aufgaben tätig werden muss, während der erste weiterhin die Angelegenheiten seines Klienten besorgt, ist für den Erfolg der Haftpflichtklage des Klienten unwesentlich⁹⁹.

Ähnlich wie in der Schweiz, kann der Anwalt zur Verantwortung gezogen werden, wenn er den "associate" nicht genügend sorgfältig (with due care) ausgewählt hat¹⁰⁰.

II. Teilhaber und Hilfspersonen (partners and clerks)

Im Kommentar zum § 150 CJS wird – wohl etwas zu kategorisch – festgehalten, dass der Auftrag an ein Mitglied einer Anwaltsgemeinschaft als Auftrag an das Kollektiv aufgefasst werden muss¹⁰¹. Daraus folgt, dass ein Anwalt, Teilhaber eines Anwaltsbüros, für die Unsorgfalt bzw. allgemein für eine Pflichtverletzung durch einen seiner Partner haftbar gemacht werden kann, dies sogar, wenn er sich in keiner Weise persönlich um die Angelegenheit gekümmert hat und möglicherweise davon nicht einmal Kenntnis hatte.

Eine unserer schweizerischen Rechtslage ähnliche Lösung findet das amerikanische Recht bei der Frage der Haftung für Hilfspersonen (clerks or quasi associates). Der Anwalt trägt die Verantwortung für die Handlungen seiner Hilfspersonen, welche diese in Ausübung ihrer Anstellung (bzw. within the scope of his authority) vornehmen¹⁰². Überschreitet der clerk seine Befugnisse in einer für den Klienten

96 Vgl. § 124 CJS (vol. 7), effect of substitution: "A substitution of an attorney vests in the new attorney all of the powers and authority of his predecessor, who is thereby deprived of further power of act."

97 Vgl. aber Jenks, 517, wonach gemäss englischem Recht eine Substitutionsbefugnis vermutet wird, wenn es gleichgültig ist, ob der Anwalt (Agent) persönlich oder durch einen Vertreter handelt, oder wenn ein unvorhergesehenes Ereignis die Verwendung eines Vertreters erforderlich macht.

98 Vgl. § 149 CJS (vol. 7): "An attorney may be liable to a client for loss resulting from negligence or wrongdoing on the part of an associate or substitute attorney."

99 Vgl. insbesondere Prozessführung in einem anderen Staat: Wildermann v. Wachtell, 267 N.Y.S. 840, zit. ad § 149 CJS, 986: "A New York attorney, who with due care retained an attorney in another state to conduct procedural matters in such state, was not liable for the foreign attorney's negligence, where the client was informed of the necessity and reason for retainer and approved the choice."

100 E contrario in Fn. (99) zit. Urteil Wildermann; vgl. Schweiz, OR 55, cura in eligendo.

101 CJS vol. 7, 986: "the employment of a member of a firm of attorney is that of the entire firm ..."

102 Idem ad § 150.

erkennbaren Art und Weise, z.B. indem er ohne Ermächtigung seines Arbeitsgebers, des Anwaltes, einen Vergleich abschliesst, einen Prozess beendet oder im Namen des Klienten eine Schuld anerkennt usw., so wird der Anwalt dadurch nicht verpflichtet; gegen ihn kann der Klient in einem solchen Falle keine Ersatzansprüche geltend machen.

§ 16. Spezialisierung

Ein in der anglo-amerikanischen Literatur und Rechtsprechung recht aktuelles und teilweise umstrittenes Problem ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Spezialisierung der Rechtsanwälte. Während in Fragen der Berufsausübung und Berufshaftung des Arztes allgemein anerkannt wird, dass ein Arzt sich als Spezialist zu erkennen geben kann, demgemäss aber auch einer schärferen Haftung für "specialized skill or knowledge" unterliegt¹⁰³, haben die Gerichte jedoch noch bis vor kurzem eine solche Spezialisierung und den, daraus folgend, erforderten "higher standard of care" bei den Anwälten nicht anerkannt¹⁰⁴.

Gegen eine Spezialisierung stellt sich auch die American Bar Association, welche in ABA canon 2¹⁰⁵ es den Anwälten grundsätzlich (einige Ausnahmen vorbehalten) verbietet, in der Öffentlichkeit als Spezialisten aufzutreten.

Bereits früher wandten sich jedoch verschiedentlich Kommentatoren gegen die unterschiedliche Behandlung von Ärzten und Anwälten und wollten auch bei den letzteren einen "different standard to legal specialists" angewendet sehen^{106, 107}.

Einerseits mögen die Unterschiede zwischen den zwei Berufen die Nichtanwendung durch die Gerichte eines ähnlichen Standards für Ärzte und Anwälte rechtfertigen: Der Ausbildungsgang des Anwaltes — ein Geisteswissenschaftler — lässt sich nicht mit dem eines Arztes — ein Naturwissenschaftler — vergleichen. Auch gibt es keine öffentlichrechtlichen Normen, welche eine staatliche Zulassungsbewilligung zur Berufsausübung in einem speziellen Fachgebiet vorsehen würde¹⁰⁸.

103 Vgl. *Columb. L.Rev.* 1963 (5–8), 1302/3.

104 *Idem*.

105 Vgl. insbes. EC 2–14 bzw. DR 2–105 ad canon 2 EC 2–14: "In some instances a lawyer confines his practice to a particular field of law. In the absence of state controls to insure the existence of special competence, a lawyer should not be permitted to hold himself out as a specialist or as having special training or ability, other than in the historically excepted fields of admiralty, trademark, and patent law."

106 *Columb. L.Rev. a.a.O.*, 1303 fn 85.

107 Gleicherweise wurde in einem kürzlich abgehaltenen ABA National Institute argumentiert (45 *LW* 2536): "Specialization is of increased importance ... because many states are moving in that direction. It bears on malpractice liability because greater specialization may raise the standard of care required."

108 Vgl. etwa in der Schweiz den FMH.

Andererseits jedoch, und trotz der Bestimmung in ABA Canon 2, zeigt die Praxis, dass zahlreiche Anwälte dadurch, dass sie – praktisch – sich nur in bestimmten Rechtsgebieten betätigen, den potentiellen Klienten eben doch als Spezialisten bekannt sind. So kommt es denn auch, dass ein Klient, etwa in einer steuerrechtlichen Angelegenheit, sich den entsprechenden “Steueranwalt” aussuchen wird und von diesem – in der Tat – mehr bzw. spezielleres als von einem “ordinary attorney” erwarten wird. Für diesen Klienten beinhaltet die vertragliche “promise” des Anwaltes eine grössere Sorgfaltspflicht als sie von einem nicht-spezialisierten Anwalt erwartet würde¹⁰⁹.

So kommt es denn auch – die Lehre hat dies vorausgesagt –, dass die Gerichte allmählich für “Spezialisten” strengere Haftungsregeln entwickeln, da ja praktisch gesehen eine solche Spezialisierung immer häufiger und möglicherweise bald üblich sein werde^{110, 111}.

Auf solchen Überlegungen gründet sich auch die bereits vorne¹¹² besprochene Pflicht des Anwaltes, ein “Mandat”, welches seine Kompetenzen übersteigt, abzulehnen bzw. den Ratsuchenden an einen anderen – möglicherweise eben spezialisierten – Anwalt zu verweisen¹¹³.

Abschliessend sei auf ein kürzlich ergangenes Urteil des Kalifornischen Appellationsgerichtes aufmerksam gemacht: Es wurde entschieden, dass ein “Allgemeinpraktiker” seinem Klienten gegenüber schadenersatzpflichtig werden kann, wenn er es unterlässt, für eine steuerrechtliche Angelegenheit einen spezialisierten “Steueranwalt” beizuziehen bzw. den Klienten an diesen zu verweisen¹¹⁴.

109 Vgl. Duke L.J. 1975, 147: “When a man holds himself out to be a specialist in an area of the law, it is only right that the public be entitled to expect highly skilled advice from him.”

110 Vgl. Columb. L.Rev. 1963 (5–8), 1304 fn 97 und 98.

111 Im Entwurf zu den neuen “Rules of Professional Conduct” können wir denn auch den folgenden Kommentar lesen: “In many instances, the required competence is that of a general practitioner, i.e., a lawyer experienced in the range of business, contract, and other matters that nonspecialist lawyers conventionally handle. In other instances, the competence of a specialist may be required. Although formal designation of fields of specialization is permitted in some states, specialization is primarily the product of convenience and efficiency. By confining their practice to limited fields, lawyers are able to keep abreast of changing law and technique and thereby to serve their clients with greater skill and efficiency.” (DER No 157 comment ad Section 1.1., 4.)

112 Siehe vorne 87., vgl. Fn. 113.

113 Columb. L.Rev. a.a.O.: “Another question raised by the development of specialization that has generally been ignored by the courts is whether a general practitioner ever has a duty to consult legal specialist ... It has been suggested that an attorney should have a ... duty to consult an expert on matters outside the competence of the ordinary lawyer.”

114 Vgl. 48 LW 1061/62: “nonspecialist attorney must seek specialist’s aid or face malpractice”: “The trial court instructed the jury that an attorney in general practice either must refer his client to a specialist or recommend the assistance of a specialist if, under the circumstances, a reasonably careful and skillful practitioner would do so, or must possess the knowledge and skill ordinarily possessed, and exercise the care and skill ordinary used, by specialists in good standing in a similar locality under the same circumstances. Failure

In diesem Zusammenhang hat in den letzten Jahren das "Committee on Professional Responsibility" eine obligatorische Fortbildungspflicht, zusätzliche periodische Kontrollprüfungen und "speciality licensing" vorgeschlagen. Einige Staaten haben diese Erfordernisse auch offiziell eingeführt. So haben etwa Kalifornien, Florida, New Mexico und Texas "specialization certification or designation plans" ausgearbeitet und seit wenigen Jahren auch offiziell anerkannt¹¹⁵.

of the attorney to discharge this obligation renders him liable for malpractice."

Die Einwendungen des beklagten Anwalts, wonach im Jahre 1967, dem Zeitpunkt, in welchem er für den Klienten tätig wurde, noch keine Spezialrechtsgebiete offiziell anerkannt gewesen seien, vermochten ihn nicht zu entlasten; Kalifornien ist – heute noch – einer der wenigen Staaten, welche offiziell die Berufsausübung in gewissen Fachgebieten anerkennen, z.B. "taxation". 1968 z.B. waren faktisch bereits zwei Drittel der Anwälte in spezialisierten Rechtsgebieten tätig.

115 Vgl. Committee Report in Record N.Y. march 1977, 138 fn 2.

LEBENS LAUF

Madeline-Claire Levis

Geboren am 20. Dezember 1949 in Zürich

6 Jahre Primarschule, anschliessend Mittelschule im Freien Gymnasium Zürich, daselbst Matura B im Herbst 1969.

Oberseminar in Zürich, Lehrerdiplom im Frühjahr 1971.

Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Zürich, Lizentiat beider Rechte Herbst 1975.

Berufstätigkeit in einem Anwaltsbüro in Genf während der Jahre 1976 bis Anfang 1979.

Genfer Anwaltspatent Frühjahr 1979.

Ab Herbst 1979 Assistentin an der juristischen Fakultät der Universität Zürich.

Promotion zum Dr. iur. im Dezember 1980.

